

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
PERSONNALITÉ RÉELLE
DE L'ÉTAT
DES DÉPARTEMENTS ET DES COMMUNES

DE LEUR RESPONSABILITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

A. RICCARDI

AVOCAT



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUST. FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre Quai du et Verdanson

1905

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémont, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Gide, professeur d'Économie politique, en congé.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

Margat, professeur de Droit civil.

Perreau, professeur de Droit civil approfondi.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur-adjoint, chargé d'un cours d'Economie politique et du cours d'Histoire des doctrines économiques.

Porte, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

Ebren, agrégé, chargé d'un cours de Droit constitutionnel.

Grangé, secrétaire.

Laurens, professeur honoraire.

Giraud, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Brémont, *président*.

Perreau,
Ebren, *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
PERSONNALITÉ RÉELLE
DE L'ÉTAT

DES DÉPARTEMENTS ET DES COMMUNES

DE LEUR RESPONSABILITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

A. RICCARDI

AVOCAT



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUST. FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre Quai du et Verdanson

1905

MEIS ET AMICIS

A. RICCARDI..

DE LA

PERSONNALITÉ RÉELLE

DE L'ÉTAT

DES DÉPARTEMENTS ET DES COMMUNES

DE LEUR RESPONSABILITÉ

INTRODUCTION

Le droit administratif est souvent défini : la science relative à l'exercice des droits des personnes administratives. C'est une opinion traditionnelle, et généralement reçue que l'Etat, le Département, la Commune sont des personnes morales, des sujets de droits. Définir les différents droits ; les rattacher à ces personnes, tel est le but naturel poursuivi par le juriste. Or, en ces dernières années, cette doctrine de la personnalité morale a été l'objet des études les plus savantes et les plus approfondies. Les uns ont admis que cette personnalité existait d'une façon naturelle et spontanée, dès que le groupe qui en est investi s'était constitué et

s'était donné une organisation interne. « La personne morale n'est pas une fiction de la loi, c'est un être collectif réel, doué comme la personne humaine de la faculté de vouloir et d'agir (1) ». Les autres ont admis au contraire qu'il n'y avait là « qu'une expression commode, qu'une fiction juridique ». C'est à tort que des corps politiques tels que l'Etat et la commune ou les *établissements d'utilité publique* (2), tels que les hospices et les bureaux de bienfaisance, ont reçu dans la doctrine le nom de personnes morales ou civiles que ne leur donne pas la loi. Jouir de quelques facilités appartenant aux hommes ne suffit pas pour mériter comme eux la qualité de personnes (3).

« D'autres sont encore plus énergiques : l'Etat n'est pas une personne juridique, l'Etat n'est pas une personne souveraine » (4-5). Si l'on veut continuer de vivre sur les idées traditionnelles, il était donc intéressant de rechercher, si les groupes collectifs du droit public méritaient réellement leur désignation habituelle de personnes, et si on devait les considérer comme des fictions ou comme des réalités. Nous ne

(1) Gierke, *Die genossenschaft-theorie*.

(2) Les personnes morales dont parle Laurent ne sont pas des établissements d'utilité publique, mais cette erreur est sans importance.

(3) Laurent, *Principes de Droit civil*.

(4) Duguit, *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*.

(5) Brinz, Déclarer que l'Etat et la commune sont des personnes, cela est bien permis à la fantaisie, mais non à la science. Brinz *Zweckvermögen*.

pensons pas que ce soit là, d'ailleurs, simple curiosité spéculative et qu'on ne puisse tirer de la solution à intervenir quelques corollaires intéressants. La question en particulier de la responsabilité collective, dépend à notre sens de la conclusion de cette étude préliminaire. En effet, le principe sur lequel s'appuient la plupart des décisions en matière de responsabilité est la constatation de la faute commise par l'auteur du dommage : La loi ne peut balancer, a dit un rédacteur de nos Codes, entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Les groupes collectifs pourront-ils se voir appliquer cette règle ; sont-ils susceptibles de faute ? Pour répondre à cette question, il est indispensable de se prononcer : comment une personne fictive peut-elle se tromper, puisque par définition même elle n'existe pas ? Seule une personne réelle, ou un groupe peut être supposé capable d'erreur par opposition aux agents qui exécutent ses décisions. Le problème de la Responsabilité a donc pour lemme préliminaire la solution du problème de la personnalité.

Pour résoudre cette question préjudicielle nous nous sommes surtout inspiré de deux maîtres : l'un est M. Mestre dont la thèse sur la Responsabilité pénale des personnes morales a fourni à notre étude la plupart de ses développements et de ses références ; l'autre est M. Michoud, le savant professeur de Grenoble, qui procédant du particulier au général, a été amené par ses études mêmes sur la responsabilité des personnes morales du Droit Administratif, à serrer de près la notion de la personnalité morale dans deux articles parus dans la Revue de Droit public. Nous regrettons de n'avoir pu lire

dans leur texte même les savants travaux de l'école allemande auxquels se réfèrent sans cesse ces auteurs et nous ne nous en consolons que par la conviction qu'il y a là une mine inépuisable pour l'exploitation de laquelle il faudrait d'autres connaissances et une autre expérience que la nôtre.

M. Geouffre de Lapradelle dans son beau livre *Des fondations* nous a fourni aussi quelques renseignements précieux par la connaissance qu'ils supposent des travaux de l'école allemande; enfin nous avons emprunté aux ouvrages néo-latins de Giorgi, *La doctrine des personnes juridiques*, et Giner, *La théorie de la personne sociale chez les juristes et les sociologues modernes* (*Revue générale de législation espagnole*) quelques-uns des matériaux de cette étude, nécessaires pour la solution impartiale de la question.

Quant au point de vue pratique, nous nous sommes borné à faire application des théories étudiées à la question même de la responsabilité. Encore avons-nous dû nous borner et n'étudier que la responsabilité civile des organes administratifs. Parmi ces derniers nous avons systématiquement écarté les établissements publics et d'utilité publique, nous souvenant de ce vieux conseil du poète qu'il faut savoir se borner. Mais nous estimons qu'il y aurait là une étude du plus grand intérêt et qui sera sans doute entreprise.

Ces premiers éclaircissements donnés sur la partie spéculative de notre thèse, doivent être complétés par quelques autres renseignements sur la question même de la responsabilité.

DÉFINITION. — La responsabilité civile de l'Etat, des départements et des communes est la nécessité juridique où ils se trouvent de réparer certains préjudices qu'ils ont causés. A chaque instant de sa vie un citoyen peut se trouver en présence d'un acte de l'Etat ou de l'Administration départementale ou locale, d'un droit, d'une négligence de ces mêmes personnes et ce contact incessant ne va pas toujours sans préjudicier à ses intérêts. Dans les groupes politiques modernes synthétisant des éléments très nombreux et soumis par une longue habitude monarchique à une centralisation rigoureuse, l'action de l'Etat surtout, a besoin d'être tempérée par des règles équitables et réparatrices de ses abus.

Et ce n'est pas seulement eu égard aux habitudes forgées par le passé qu'il faut proclamer cette nécessité juridique et en préciser les règles, c'est encore eu égard aux formes sociales de l'avenir. Chaque jour, on se rend compte que l'Etat et la commune sont seuls qualifiés pour rendre aux particuliers les services nouveaux imposés par la vie moderne. Chaque jour de nouvelles institutions sont créées, d'anciennes sont perfectionnées ou étendues et l'augmentation du nombre des fonctionnaires enregistre dans le domaine des faits pratiques ces nécessités latentes. De plus, on voit de plus en plus, se dresser en face de l'Etat des groupes économiques influents dont la surveillance oblige les pouvoirs publics à des interventions incessantes.

Petit à petit la lutte et la concurrence collective tendant à remplacer la lutte et la concurrence individuelle et le maintien de la paix sociale exigent dans ces conditions le déploiement d'une activité plus grande que celle que

l'Etat dépensait jadis. Les terrains de contact entre les droits et les libertés publiques d'une part, et les droits et les prérogatives de l'autorité sociale d'autre part, se trouvent donc multipliés. En outre, ce fonctionnement toujours plus complexe et toujours plus délicat des services publics devient d'un contrôle de plus en plus difficile. Sans doute le service des inspecteurs de toute nature est-il de plus en plus abondamment recruté ; mais le contrôle des contrôleurs n'en devient que plus difficile : *Quis custodiet custodes ?* En définitive les erreurs et les abus sont en raison directe des services rendus.

Aussi, cette action même n'est pas sans provoquer de vives réactions. L'Etat, dans sa toute-puissance d'autrefois, ne permettait pas aux recours de se produire avec autant d'énergie que l'autorisent les libertés modernes. Aujourd'hui chaque citoyen se souvient plus volontiers de ses droits que de sa sujétion à la souveraineté nationale. Chacun de nous oppose à l'activité de l'Etat, sa propre activité. En conséquence, le nombre des recours va en augmentant : mais les règles auxquelles leur exercice est soumis sont nombreuses, les erreurs de procédure aisées à commettre et beaucoup d'actions, mal engagées, n'aboutissent pas à des fins utiles : soit que l'on ait mis en cause la responsabilité de l'Etat là où elle n'avait que faire, soit que l'on ait porté sa plainte devant le juge incompetent, l'on voit le dommage rester sans réparation, et la notion de responsabilité s'amoin-drir aux yeux des citoyens. C'est donc une tâche utile que de faire l'étude de ces règles de fond et de forme dont la méconnaissance engendre de si regrettables insuccès.

RESPONSABILITÉ POUR FAUTES.— Quelles sont donc les causes qui peuvent amener l'Etat, les départements et les communes à causer un préjudice à des gens capables d'en demander réparation : si l'on en croyait les partisans de la théorie de l'opposition des intérêts particuliers et de l'intérêt général, on serait porté à affirmer que tout acte de l'Etat, des départements et des communes cause nécessairement quelque préjudice, fait concurrence à quelque industrie, restreint quelque liberté. Dans cet esprit on déclarerait l'Etat responsable, *hic et nunc*, à raison de tout préjudice consécutif à son activité ; et l'on répèterait cette vieille maxime que l'Etat qui gouverne le moins est à la fois le moins responsable et le plus supportable. Mais outre que rien n'est moins démontré que cette prétendue inconciliabilité de l'intérêt public et privé, les juristes Sourdat, Michoud, font avec raison observer que l'on doit trouver d'autres motifs d'irresponsabilité que celui du laisser faire ; toutes les fois que l'activité de l'Etat sera conforme à la loi qui la régularise, toutes les fois que l'Etat fera ce qu'il a le droit de faire, ce qu'il a même mission de faire, la nécessité juridique de réparer le dommage disparaîtra. Mais si cette action de l'Etat est injuste, c'est-à-dire contraire au droit, subversive de la loi, le particulier trouvera dans le mode d'activité, et non dans l'activité elle-même, raison et motif de demander réparation. En résumé l'Etat, le département, la commune seront responsables à raison de leur manquement au droit. Ce sera la responsabilité pour faute.

RESPONSABILITÉ POUR DOMMAGES EXTRAORDINAIRES.

— La tradition juridique a consacré une autre cause de responsabilité ; c'est celle qui résulte de dommages extraordinaires.

Il est en effet fort bien de dire que l'Etat sera irresponsable s'il ne commet pas de faute ; mais cette règle entraînera souvent des conséquences iniques. Lorsque le dommage causé en dehors de toute hypothèse de faute, aura été considérable, la victime ne verra-t-elle pas, avec amertume, les citoyens profiter des résultats d'une entreprise qui a commencé par sa dépossession ? Se résignera-t-elle à voir l'Etat, pour les besoins de ses services, prendre son bien foncier, y raser les bâtiments qui gênent le feu des forteresses, y ensevelir les victimes de la guerre ? y établir des chemins de hâlage ou des bâtiments publics. Et ne sera-t-il pas inique de faire supporter à ce citoyen une part d'impôt, comme à tous les autres, alors qu'il a déjà fourni suffisamment « *de suo* » ? Le législateur l'a pensé et la jurisprudence aussi.

Toutes les fois que l'autorité administrative, même en faisant ce qu'elle a le droit de faire, inflige à la propriété d'autrui un dommage considérable, elle engage la responsabilité civile de l'Etat. D'abord, inspirée par une simple notion d'équité, déduite de simples considérations de chiffres, cette règle s'est fortifiée dans la pratique moderne par la considération de l'activité considérable déployée par tous les services publics, par l'énumération des capitaux toujours plus nombreux dont ils disposent, des travaux incessants

qu'ils entreprennent, des agents innombrables qu'ils occupent sur tout le territoire.

On est allé jusqu'à dire, faisant rentrer ainsi cette deuxième source de dommages dans la première, que c'était en quelque sorte une faute originelle de l'Etat d'être organisé ainsi puissamment, de menacer sans cesse et plus dangereusement qu'ils ne sauraient se menacer entre eux-mêmes les intérêts des particuliers, et on a mis franchement à sa charge la responsabilité de cette faute originelle.

Quant aux autres causes de dommages : application des lois nouvelles, sinistres dus aux éléments, cas de force majeure : elles sont en principe sans répercussion sur la responsabilité des personnes morales (1) du Droit administratif.

Responsabilité pour faute, responsabilité pour dommages extraordinaires, irresponsabilité en dehors de ces deux cas ; telles sont donc pour l'Etat les trois règles principales de la matière. Mais ce ne sont là que des directrices, et un grand nombre de cas échappent à leur application, la faute de l'Etat n'entraîne pas toujours sa responsabilité, et certains dommages extraordinaires qu'il a causés ne sont pas réparés pour cette raison que l'Etat, en les commettant, est resté dans les usages courants de la propriété et ne s'est pas comporté

(1) Nous nous servons fréquemment de cette expression cohésive pour éviter de désigner nominalement l'Etat, le département, et la commune ; mais il est bien entendu que cette expression abrégée ne désignera ni les établissements publics, ni ceux d'utilité publique.

comme le riche et puissant entrepreneur de travaux de longue haleine et de dimensions inusitées. L'examen de ces cas particuliers formera le fonds même de cette étude.

DÉPARTEMENTS ET COMMUNES. — La responsabilité civile des départements et des communes doit être l'objet des mêmes règles, en principe du moins. Mais il y a lieu, de plus, de tenir compte de ce fait que les agents de l'autorité départementale et communale apparaissent, lorsqu'on arrive aux derniers degrés de la hiérarchie, bien moins comme des fonctionnaires, des dépositaires de la puissance publique que comme de simples employés ou préposés. Cette différence a sur la responsabilité une certaine répercussion.

D'autre part, et il en est autrement pour l'Etat, les communes sont responsables, aux termes de la loi municipale de 1884, des dommages causés par des attroupements séditieux.

SOURCES. — La matière de la responsabilité des principales personnes morales administratives n'est traitée nulle part d'une façon méthodique et complète. Le législateur, qui devrait nous fournir les premiers principes et les points de départ, n'a statué que par espèces. C'est, du reste, assez son habitude en droit administratif. La jurisprudence, par contre, est très détaillée, trop détaillée même; il est souvent difficile de savoir si elle a pris ses décisions à raison des faits

de la cause ou à raison des principes invoqués ; mais c'est tout de même-là que l'on trouve, en dépit de quelques flottements, des règles un peu sûres. La Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, après certaines divergences, ont adopté une manière de voir à peu près uniforme.

Les théoriciens sont loin de présenter un si louable accord, et leurs discussions proviennent peut-être de ce qu'aucun n'a traité la question avec ensemble. Les civilistes Laurent, Demolombe, Aubry et Rau, Marcadié se sont occupés de la responsabilité civile de l'Etat à propos de l'article 1382. M. Planiol renvoie à l'étude de la jurisprudence. Les auteurs de Droit public se sont surtout placés au point de vue du principe de la séparation des pouvoirs et de la compétence. M. Hauriou, faisant dans son cours une théorie générale de l'Etat, a été mis en contact avec le problème de la responsabilité. Admettant que la méthode propre des études de Droit public moderne était l'étude successive de la personne publique, de ses biens et de ses modes d'acquérir, il s'est trouvé dans l'obligation de traiter avec soin la question de la personnalité de l'Etat et, par voie de conséquence, celle de sa responsabilité. M. Michoud, dans une remarquable étude, a traité la question de responsabilité pour faute. M. Laferrière a précisé et résolu les difficultés de compétence que soulève l'application connexe des règles de la responsabilité et des principes de la séparation des autorités judiciaires et administratives. M. Vauthier, dans sa belle étude sur la personnalité morale, nous a montré quelles répercussions la notion de personnalité peut

avoir sur la responsabilité et a essayé d'établir l'irresponsabilité de l'Etat en matière d'actes de puissance publique.

SOURCES ÉTRANGÈRES. — Les jurisconsultes étrangers ont fourni sur la matière un travail plus méthodique et plus complet que celui des juristes français. En Suisse et en Allemagne, des congrès de spécialistes français ont traité la question. Les Allemands, gens patients et opiniâtres, ont tenu congrès pendant trois années de suite de 1867 à 1871. Sur les cinq rapports, après la lecture desquels la discussion fut ouverte, deux sont signés de noms remarquables : Zacchariæ et Blunsthli. Les Suisses, dont la législation cantonale présente sur ce point une grande diversité, ont essayé, aux assises du Juristenverein de 1888, de dégager la silhouette d'un droit plus uniforme. Un rapport de Ziegler, dont M. Michoud fait l'éloge, a servi de base aux travaux de ce congrès. Résumant tous les travaux antérieurs, M. Roger, auditeur au Conseil d'Etat, auquel j'exprime ici toute ma gratitude, a traité la question de la responsabilité civile de l'Etat suivant un plan rigoureux et complet et a donné ainsi aux recherches une allure plus systématique. Nous devons encore citer M. Bailby dont la thèse nous a été des plus utiles.

LIMITES ET DIVISIONS DU SUJET. — Nous nous proposons de traiter dans cette étude de la responsabilité civile de l'Etat, des départements et des communes :

Nous laissons de côté la question intéressante de savoir si les personnes morales du Droit administratif peuvent ou non commettre des infractions, et encourir de ce chef une responsabilité.

De même c'est uniquement au quasi contrat de responsabilité que nous nous attachons. Les obligations contractuelles résolues en dommages-intérêts qui pourraient être mises à la charge de l'Etat à raison des contrats par lesquels il s'oblige seront passées sous silence et nous n'étudierons point non plus les précédents suivant lesquels l'Etat a réparé par mesure de bienfaisance les dommages résultant de certaines calamités : inondations, épidémies, ou troubles publics. En effet, dans tous ces cas, il a été formellement stipulé par l'autorité compétente que c'était là pour l'Etat l'exercice d'une faculté et non l'accomplissement d'une obligation.

Deux questions principales se posent donc dans les limites qui viennent d'être tracées :

A) L'Etat, les départements, les communes sont-ils dans la nécessité juridique de réparer les dommages qu'ils causent ?

B) Tous les dommages doivent-ils être réparés, quels que soient l'agent ou la cause qui les ont produits, quel que soit l'acte dont ils procèdent ?

La première de ces questions est de beaucoup la plus importante. C'est la question de principe elle-même. Aussi la reprendrons-nous en tête de chacun des développements sur la responsabilité que nous aurons à fournir pour l'Etat, le département et la commune. La question pour ces divers groupements ne se pose en

effet jamais de la même façon ; nous sommes donc obligés de morceler la première question en un grand nombre d'autres, et de la poser à nouveau pour chacune des personnalités morales que nous rencontrons. De cette nécessité même du sujet découle le plan suivant :

PLAN GÉNÉRAL

INTRODUCTION ET APERÇU HISTORIQUE

TITRE PREMIER. — L'ÉTAT

		<i>Chapitres</i>
SECTION I Personnalité de l'État	1 ^{re} Partie.	La théorie organiciste
	Doctrines de la per- sonnalité réelle.	Gierke et Bessler.
		Théorie de Jellinek.
		Théorie de Michoud.
		Théorie de Hauriou.
	2 ^e Partie	Théorie de Savigny.
	Doctrines de la per- sonnalité fictive.	Théorie de Brinz.
		Théorie de Van den Heu- vel.
		Théorie de Ihering.
		Théorie de Duguit.
	3 ^e Partie	
	La théorie de la personnalité d'après Jellinek et Hauriou	
SECTION II Responsabilité de l'État	1 ^{re} Partie	Fondement de la respon- sabilité.
	Responsabilité pour faute.	Agents qui la mettent en jeu.
		ACTES
		Gestion
		—
		du domaine privé, des services publics, actes d'auto- rité.
	2 ^e Partie	
	Responsabilité sans faute.	

TITRE II. — LE DÉPARTEMENT

SECTION I. — Personnalité du département.

SECTION II. — Responsabilité du département.

TITRE III. — LA COMMUNE

SECTION I. — Personnalité communale.

SECTION II. — Responsabilité communale.

SECTION III. — Responsabilité particulière pour attroupements séditieux.

CONCLUSIONS

APERÇU HISTORIQUE

La notion de personnalité morale est une des plus anciennes du Droit. La plupart des législations n'ont pas dû se borner à régler les rapports des individus vivant l'existence matérielle, des hommes vivant et mourant, pour parler comme les vieux textes ; elles ont eu ainsi à se procurer des associations et des groupes. De bonne heure la pensée juridique s'est étendue en dehors du cercle limité des personnes physiques. Peut-être même, les droits n'ont-ils pas été d'abord exercés que par les chefs des premiers groupes sociaux. C'est devenu un brocard courant de dire que le droit international et le droit public sont plus anciens que le droit privé.

Les premiers statuts civils sont fortement imprégnés de l'esprit d'autorité ; l'individu est mis par eux dans un état complet de dépendance à l'égard du groupe et surtout de son chef qui en est l'organe. La difficulté de la vie aux heures premières de la civilisation nécessite cette forte discipline. La liberté et l'égalité qui sont les conditions indispensables de tout développement et de toute esthétique juridiques manquent à ce droit rudimentaire et d'importance seconde.

Au contraire l'indépendance et la souveraineté de chaque groupe permettent d'établir de l'un à l'autre des

règles qui, pour être déduites de la force sont néanmoins inspirées et tempérées par ces notions de liberté et d'égalité sans qui il n'est pas de véritable autonomie de la volonté et en l'absence desquelles il n'y a à proprement parler qu'une apparence de droit ; il y a, dit M. Hauriou (1), trois types de personnes juridiques : une personne juridique complexe, à la fois collective et individuelle, la première en date et d'où sont sorties par différenciation les deux autres ; la personne juridique individuelle et la personne morale. Sumner Maine a dit (2) avec infiniment de raison, que dans l'humanité primitive, il y a en présence dans les relations sociales non pas des individus, mais des groupes ; ce qu'il n'a pas ajouté, et ce qui est non moins vrai, c'est que ces groupes ont des chefs ou des représentants et n'agissent que par eux. Sans doute pendant longtemps dans cette espèce de droit international rudimentaire, l'analyse juridique ne dégage aucune personnalité, mais il vient un moment où la notion de personnalité se fait jour et alors elle apparaît comme représentant à la fois l'individualité du chef et celle du groupe, du moins dans les groupes très centralisés, car nous verrons en tout ceci l'importance de l'élément pouvoir.

Dans cet état de droit, deux responsabilités peuvent être envisagées, l'une, la responsabilité interne du groupe et de son chef pour les dommages causés aux membres, l'autre la responsabilité externe du groupe pour les dommages causés aux autres collectivités. La première est en quelque sorte nulle par suite de l'absence

(1) *De la personnalité comme élément de la réalité sociale.*

(2) *L'ancien droit*, 1874, chapitre V.

de toute règle protégeant les membres en tant qu'individus ; la seconde au contraire est des plus énergiques, pèse *in solidum* sur chacun des membres du groupe. Il serait oiseux d'énumérer tous les actes de rigueur ou d'injustice que cette idée a pu inspirer à la coutume primitive. Bornons-nous à dire que le droit international moderne connaît encore à sa honte la retorsion et les représailles comme application de cette responsabilité solidaire, et châtie ainsi en la personne de nationaux innocents les fautes des souverainetés desquelles ils relèvent. Le progrès juridique en cette matière consiste probablement dans l'affaiblissement externe coïncidant avec une plus grande extension de la responsabilité interne.

ROME. — L'Etat romain, comme il nous apparaît aux premiers jours de son histoire est encore sous ce régime, mais une décomposition est en train de se produire, et la notion de personnalité individuelle se dégage lentement. Le fils de famille, l'esclave voient leur personnalité cesser de faire corps avec celle du père et du maître, et des droits subjectifs, patrimoniaux surtout se fixent sur leur tête. Parallèlement à cette action, le vieux droit primitif se dématérialise peu à peu, renonce à ses concepts formels et simples et accepte l'idée de personnalité collective. L'ensemble des citoyens romains, le peuple romain se confond avec l'Etat lui-même. « Sans doute (1), il ne jouit pas d'abord de la personnalité qui,

(1) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité.*

nous l'avons vu, exige un développement juridique avancé, mais c'est pour le peuple que fut reconnue dès l'origine de l'Etat romain l'existence d'une volonté collective qui est à la base de la théorie de la personnalité. La loi, en effet, et aussi le droit coutumier apparurent à Rome comme l'expression de la volonté du peuple, des citoyens romains ; elle exigeait pour son élaboration l'emploi de formes particulières fixées d'avance, la collaboration suivant une procédure déterminée du peuple avec le roi ou les magistrats, c'est-à-dire autre chose que l'expression totalisée de la volonté des citoyens. La loi, volonté du peuple romain, fournit ainsi comme la raison d'être et le support de la personnalité dont il allait être revêtu, lui, et à son imitation d'autres groupements ».

Cette évolution est contrariée par les principes rigoureux dont le droit primitif s'inspire. Une volonté collective, indéfinie, est une chose difficile à comprendre pour le patricien romain ; il admettra bien que sept, huit, dix ou un nombre déterminé de personnes puissent avoir à elles toutes une volonté, mais cette volonté ne pourra produire des effets de droit ; le principe de la simplicité des actes s'y oppose : *Universi consentire non possunt* (1). A plus forte raison l'existence de cette volonté et les effets qu'elle peut produire deviennent-ils absolument contestables s'il s'agit non plus de quelques hommes nominativement déterminés, mais d'un corps, d'une foule, au sein de laquelle la mort et la naissance à la vie juridique opèrent sans relâche, modifiant ainsi chaque jour la physionomie du groupe. Et alors même qu'on passerait condamnation sur la violation de ce pre-

(1) Loi, I P., 22, 41, 2.

mier principe, resterait le second, celui du formalisme, qui s'opposerait à toute tentative. En quelle forme la volonté collective pourrait-elle être organisée ? existe-t-il une procédure particulière pour donner l'être à une telle chose ? *Quis forma det esse rei* ? Aussi lorsqu'on commence à s'affranchir des anciens errements, organise-t-on avec soin les formes suivant lesquelles se déterminera la volonté publique. Lorsqu'il faudra définir la loi, Papinien l'appellera-t-il « *communis reipublicæ sponsio* », rappelant ainsi par ce dernier mot la procédure dans laquelle chaque partie fixe dans un dialogue précis les obligations qu'elle contracte ou la loi qu'elle impose « *Spondes-ne — Spondeo* » (1). L'écho du vieux dialogue formulaire retentit encore dans l'œuvre plus idéaliste du grand jurisconsulte.

Aussi le droit romain n'admet-il qu'à titre fictif la personnalité publique. L'origine purement pratique de cette institution nouvelle entachera toujours son existence et son développement (2). La personnalité est à Rome (3) « une simplification analytique des conditions légales », c'est pour faire aux tiers une situation favorable, et leur éviter de multiplier les actions en recourant contre chacun des membres du groupe successivement : « *ne emptor cogeret cum multis litigare* ». M. Mestre, dans son rapport sur la responsabilité pénale des personnes morales a mis ce point en lumière, et a répondu avec énergie aux inductions inverses de la critique allemande, M. Vauthier n'est pas moins affirmatif ; les jurisconsul-

(1) I. 1 D. 1-3.

(2) Ihering, *Esprit du droit romain*, traduct. française, IV, 214.

(3) Meynial, sous Sirey, 92.

tes romains n'ont jamais selon lui admis la personnalité de l'Etat en dehors de ses actes de puissance publique. L'Etat n'a jamais été considéré comme un particulier susceptible de faire des actes de gestion ; le municipe au contraire a été considéré comme tel. Cela est d'autant plus étonnant, que l'Etat romain n'a été que l'agrandissement d'une souveraineté municipale.

Ea logique voudrait que sur la base de la personnalité fictive, la responsabilité de l'Etat romain fût nulle. Et les textes semblent bien donner raison à cette manière de voir, puisqu'à ma connaissance ils ne signalent pas d'action en responsabilité proprement dite. Cependant la possibilité d'intenter l'action publique (1) contre les magistrats, le régime des actions noxales à raison du préjudice qu'auraient pu commettre les esclaves du peuple romain, et un texte d'Ulpien semblent établir que les moyens détournés d'atteindre l'Etat ne manquaient pas. Mais dans ces diverses hypothèses il semble bien que la distinction n'ait pas été faite entre la responsabilité délictuelle et la simple responsabilité civile. En matière notamment de violence « metus », la responsabilité directe de l'Etat, « populus », est engagée : « Sive singularis sit persona quæ metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic edicto locus erit. » (1) Mais c'est surtout à raison du caractère dé-

(1) Par action publique, nous voulons désigner la *popularis actio*.

(2) Il faut toutefois remarquer que ce texte suppose que la violence exercée a été profitable à la personne morale. S'appliquerait-il si la violence n'avait pas abouti à un enrichissement injuste ? On peut en douter.

lictuel de la violence que la réparation est ordonnée, même à l'encontre de l'Etat.

D'une façon générale on peut donc dire que la responsabilité de l'Etat, en tant qu'Etat, en tant qu'organisme politique, représenté par ses magistrats agissant en vertu de leur *imperium* n'existe pas et, en effet, ainsi entendue, la notion de responsabilité de l'Etat est une notion moderne ou du moins une notion qui correspond à une période de haute culture juridique. Il faut pour qu'elle se développe que deux grandes théories de droit soient arrivées à leur perfection. La première est celle de la personnalité morale ; il faut que derrière la personne du prince, du chef ou de leurs délégués, l'analyse juridique découvre celle plus haute de la nation ou de l'Etat dont ils sont les organes. Sinon le débat s'engagera entre deux hommes ou le plus souvent ne s'engagera même pas, pour peu que la distance sociale soit grande entre la victime du préjudice et le tout-puissant qui l'a causé ; la deuxième de ces théories est celle des libertés individuelles ; il faut que des droits individuels de liberté, de propriété soient fortement fixés sur la tête de ceux que l'Etat moleste. Si ces droits individuels ne viennent pas tempérer, modérer une souveraineté omnipotente, et pour mieux dire entrer en conflit avec elle, tous les actes de celle-ci seront regardés comme licites, aucun ne pourra être discuté, le dommage intervenu n'aura pas à être réparé. C'est donc lors de la floraison complète de ces deux théories que se posera le problème. Autant dire que c'est une difficulté moderne. Le monde romain, s'il ne l'a pas ignorée toute, ne l'a pas non plus intégralement résolue ; les libertés publiques ne se sont jamais développées d'une façon complète. A la plus belle époque de leur épanouis-

sement, elles étaient encore entravées par la persistance de cette étroite discipline sociale de l'individu envers la cité, imposée à Rome, comme à toute l'antiquité par les premiers combats de son histoire, et lorsque ce lien étroit se fût relâché, ce fut alors la liberté politique qui disparut. Par une sorte de marche inverse, les progrès de la théorie de la personnalité concordent avec ceux de la puissance impériale. A aucun moment les deux théories mères de la responsabilité des groupes de droit public n'ont coïncidé. D'ailleurs l'une et l'autre de ces théories sont restées incomplètes. La personnalité morale n'a jamais été qu'une fiction ; les droits individuels, sinon les libertés publiques sont restés à l'état de genèse. Ces deux notions eussent-elles coïncidé, le problème n'eût donc jamais été résolu que par approximation.

HAUT MOYEN-ÂGE. — La période troublée de l'invasion des barbares et de l'organisation de la monarchie franque arrête tout net le progrès de toute idée juridique et surtout de toute idée politique. Comment parler de responsabilité de l'Etat, alors que suivant les idées de l'époque, le chef de l'Etat est considéré comme le propriétaire de ses sujets et de leurs biens. Et lorsque à une période de réorganisation, les idées romaines de souveraineté vont reparaitre ; lorsque l'empereur se considérera comme le premier des officiers de son empire, dont la haute personnalité le domine lui et ses successeurs, ce progrès dans les idées publiques aura pour corollaire un effacement si complet des droits du sujet qu'il ne peut être question de responsabilité. Tout ce que l'on pourra faire c'est de multiplier les missions, les inspections, pour essayer de tarir dans leur source les abus et

les injustices de l'autorité, mais il ne peut être question de les réparer. La richesse publique d'ailleurs est à cette époque si faible, les ressources du prince sont si limitées, et les besoins de l'empire si grands qu'il n'y a trace que pour des réparations gracieuses, dispensées au hasard des faveurs.

FÉODALITÉ. — La féodalité, avec les principes dont elle était imbuë, n'a pas permis davantage le développement d'une théorie de la responsabilité publique. En premier lieu, en réduisant tous les rapports de droit public en rapports individuels, en faisant découler l'autorité suzeraine du consentement du vassal, elle supprimait nettement toute personnalité morale. En second lieu, s'il est exact de dire que les rapports féodaux sont avant tout des rapports « *ex bona fide* », et si on peut en induire qu'il était contraire à la foi réciproque des parties de se causer du dommage (1), il ne faut pas oublier que les mœurs de l'époque s'accommodaient plutôt d'une lutte de force que d'un combat juridique, et qu'en définitive la théorie féodale et son individualisme transcendant n'aboutissait en fait qu'à l'irresponsabilité du suzerain le plus fort. Au surplus, au bas de l'échelle sociale, les roturiers et les serfs ne se trouvaient pas dans une meilleure situation à l'égard des petits tenanciers de fief, que ceux-ci à l'égard de leur plus haut suzerain.

(1) D'ailleurs la sanction des rapports féodaux à ce point de vue n'est pas une obligation de réparer le dommage, mais bien le retrait du fief ou commise, ou la perte de la mouvance pour le suzerain.

ROYAUTÉ ET TEMPS MODERNES. — La royauté française dut ramener à l'unité, la souveraineté éparpillée en mille et une mains ; ce fut la fin particulière, que se proposèrent, conscients ou non, la plupart de ses princes. En ramenant à l'unité leur souveraineté propre, ils recréèrent ainsi derrière elle, pour lui servir de support, la notion de l'Etat et de sa personnalité morale. Les idées romaines refleurirent, la royauté redevint une « office », une magistrature à laquelle furent préposés de mâle en mâle et par ordre de primogéniture les descendants de la famille capétienne. Mais cette concentration ne s'opéra qu'au détriment du droit des sujets, et il resta encore quelque chose des idées précédentes ; le roi continue d'être réputé comme aux temps de la royauté patrimoniale, maître des biens et de la vie de ses sujets ; les théoriciens de la monarchie absolue sont très nets dans ce sens (1). La souveraineté du roi en toute matière est incontestée, il n'y a donc pas place pour la critique des actes dommageables que le monarque a pu commettre. Représentant la divinité sur la terre, il n'a de compte à rendre qu'au Dieu qui l'a commis. Si, d'ailleurs, désireux de réparer les maux que son administration a causés, si, plein de sollicitude pour son peuple, et soucieux de maintenir, avec lui, cette alliance sans laquelle le trône eût cédé sous les efforts de la noblesse, le prince veut réparer même gracieusement les dommages causés par l'Etat, sa perpétuelle gêne financière le lui interdira. Le roi est sans cesse acculé aux expédients financiers et aux injustices qu'ils entraînent, *a fortiori* est-il acculé à l'irresponsabilité de l'Etat. Parfois le roi ne peut pas

(1) Bodin, *Les six livres de la République*.

payer les gages des officiers de la Couronne (1) ; il reprend les biens qu'il a aliénés moyennant finances (2). Il diminue arbitrairement le nombre des quartiers de rentes. Violant sans cesse les contrats précis et les obligations formelles par lesquelles il est engagé, comment hésiterait-il à décliner les charges que fait peser sur lui le quasi-contrat de la responsabilité ? Et comme la situation est toujours la même sous l'ancien régime, que le royaume est régi par un droit public de plus en plus

(1) Le paiement des gages des officiers royaux, très irrégulier d'ailleurs, était sans cesse suspendu pendant la guerre. En 1350, 1351, 1357 et 1358, le trésor suspendit la plupart de ses paiements, chaque fois pendant plusieurs mois, « à cause de ses grandes charges et dépenses innumérables ». Ce qui est le plus curieux, c'est que le roi arguait pour ce faire de motifs juridiques ; ayant dispensé les nobles qui combattaient pour lui de payer leurs dettes, il revendiquait pour lui-même ce privilège de ne pas payer que lui conférait son indiscutable noblesse. « Et ne s'en doit aucun merveiller ni tenir mal content, car nous tenons état, répit et délai de leurs dettes payer aux nobles et autres qui entendent ou fait de guerres, si ne devons mie être de pire condition que autre. » Dareste, *op. cit.*, 1, 389.

(2) Là encore on usa de prétextes juridiques ; ces biens domaniaux n'avaient été aliénés qu'à réméré. En 1318, on invalida la plupart des aliénations consenties depuis saint Louis, sous prétexte de lésion et de surprise. Nouvelles révisions et révocations en 1322 et 1331. En 1356, on profite des vœux émis par les Etats Généraux, et l'ordonnance de Moulins déclare les biens domaniaux inaliénables et imprescriptibles. Jusqu'au XVI^e siècle, où l'emprunt commence à se substituer à la vente foncière, l'on rescinde les aliénations. En 1714, on annula encore des aliénations. (Dareste, 1, 339; Isambert, *Ordonnances*.)

étroit, que les pouvoirs royaux sont de plus en plus concentrés, que les libertés politiques, religieuses, individuelles sont l'une après l'autre supprimées (1) et que par ailleurs la situation financière s'aggrave sans cesse, on arrive jusqu'à la grande catastrophe révolutionnaire sans que la question se soit posée.

DROIT INTERMÉDIAIRE. — La Révolution était vraiment l'époque où aurait pu se développer avec équité une doctrine de la responsabilité des personnes morales du droit public. La doctrine des droits naturels de l'individu prenait un splendide essor et les juristes de l'époque tendaient à la fixer dans les textes d'une façon définitive. D'autre part, la personnalité morale de l'Etat français était portée à un haut degré d'exaltation. A la personne royale, l'esprit public avait substitué la nation et avait reporté sur elle tout l'amour et toute la confiance dont il avait entouré la monarchie renversée. Un ardent patriotisme était en quelque sorte la mesure des sentiments de tous envers la nation en même temps que l'indice d'une foi profonde en son existence réelle. Cependant, la Révolution n'organisa la responsabilité publique qu'au point de vue municipal. Et encore, ce fut plutôt dans la pensée de maintenir l'ordre public à tout prix que pour organiser systématiquement à l'encontre des organismes de droit public un régime de responsabilité. Peut-être le développement des principes de la Révolution auraient-ils conduit à ce résultat d'édifier une théorie légale de la réparation des dommages causés par l'Etat, mais les troubles à l'intérieur, la guerre à l'extérieur, les coups

(1) Hitier, *Doctrine de l'absolutisme*.

d'Etat successifs détournèrent de ce point particulier l'opinion publique et lorsque le Consulat et l'Empire s'imposèrent à la France, il n'était plus temps.

EPOQUE CONTEMPORAINE. — Les différents gouvernements monarchiques qui, à peine interrompus par la poussée libérale de 1848, se succédèrent jusqu'en 1870, n'eurent donc qu'à continuer les errements du passé. Cependant la doctrine de la responsabilité de l'Etat émergeait lentement des multiples arrêts que rendaient le Conseil d'Etat et les cours de justice. L'Etat était déclaré responsable de ses actes de gestion (1) ; tout en acceptant qu'il fût irresponsable dans l'exercice de sa puissance publique, les tribunaux faisaient volontiers la distinction entre les actes proprement dits, et les mesures d'exécution auxquelles ils avaient donné lieu ; pour ces dernières, ils avaient une tendance à conclure à la responsabilité. Le Conseil d'Etat de son côté ne se refusait pas à accorder des dommages aux propriétaires dont les fonds avaient souffert de quelque travail public. Mais pour les abus commis par voie d'autorité, la résistance était plus grande. Une ancienne règle empruntée à la constitution de l'an VIII permettait de couvrir le fonctionnaire trop zélé en subordonnant la poursuite de ce fonctionnaire devant les tribunaux de droit commun à une autorisation du Conseil d'Etat, laquelle était souvent refusée ; aussi les efforts des esprits libéraux tendaient-ils en ce cas à obtenir non la responsabilité subsidiaire de l'Etat, mais la suppression de la garantie administrative. A un autre

(1) Cette responsabilité était prononcée en vertu des dispositions de l'article 1382 du Code civil.

point de vue, ce rôle joué par le Conseil d'Etat, le discréditait beaucoup ; on ne se rendait pas compte que malgré que ses arrêts portassent la signature du prince, les décisions n'en étaient pas moins l'œuvre originale de véritables juristes, plus souvent préoccupés d'aboutir à des solutions vraiment prétoriennes, que soucieux de faire leur cour au chef de l'Etat. De là, dans l'esprit public, de nombreux préjugés, contre lesquels protestaient inutilement les spécialistes du droit administratif. Aussi est-ce à l'autorité judiciaire que les particuliers demandaient un remède contre des abus indiscutables, et celle-ci gênée par le principe de la séparation des pouvoirs, ne pouvait donner aux intéressés de véritables satisfactions. Quoi qu'il en soit, la véritable solution qui était la réparation des dommages causés par l'Etat même dans l'exercice de sa puissance publique, réparation ordonnée par le Conseil d'Etat, ne parvint pas à prévaloir, et tout l'effort de la plus légitime des critiques porta sans cesse sur la suppression de la garantie administrative.

En 1870, cette garantie fut supprimée, mais on n'avait obtenu qu'un demi-progrès. Une distinction inévitable s'établit bientôt entre le fait personnel du fonctionnaire, et son fait impersonnel. Dans le premier cas, on concluait à un délit, à une faute lourde de l'agent séparable de sa fonction et pour laquelle il restait individuellement responsable devant les tribunaux civils. Dans le second cas, on observait au contraire que la faute ne pouvait être séparée de l'acte et que l'Administration était responsable. Cette responsabilité devait être mise en jeu devant le Conseil d'Etat, et celui-ci, suivant qu'il s'agissait ou non de puissance publique, acceptait ou rejetait le recours. La loi de 1872 en organisant le Conseil d'Etat

et en lui donnant un pouvoir propre de juridiction devait avoir pour résultat de donner à cette juridiction plus de liberté pour apprécier cette responsabilité ; et aux particuliers plus de confiance en l'équité administrative. Aujourd'hui le Conseil d'Etat justifie cette confiance, en acceptant d'examiner, sans leur opposer une fin de non-recevoir absolue, les recours même qui intéressent la puissance publique. Et c'est là le dernier progrès dont la théorie de la responsabilité nous puisse paraître susceptible. Il doit être permis, selon nous, de demander compte à l'autorité non de ses actes, car une certaine sphère de liberté doit lui être laissée, mais du dommage qu'ont causé ces actes. Cette vérité longtemps méconnue par l'histoire, doit à une époque de liberté et de civilisation ne plus être contestée.

TITRE PREMIER

L'ETAT

PREMIÈRE PARTIE

LES DOCTRINES DE LA PERSONNALITÉ RÉELLE

Nous avons dit dans notre introduction que l'étude de la responsabilité de l'Etat serait précédée d'une étude critique de sa personnalité. Pour que l'Etat soit responsable, il faut avant tout qu'il soit. Sinon, il est inutile de parler de sa faute et de son obligation, mais bien parler de la faute et de l'obligation du fonctionnaire. Or, il est bien admis que l'Etat doit jouir d'une certaine personnalité. Mais quel sera le caractère de cette personnalité ?

Dira-t-on que le mot Etat est une expression commode mais qui ne désigne rien de réel, que c'est une sorte d'association où il ne faut rien voir que les associés, et où tout le reste est verbiage et fiction. Dira-t-on au contraire, que le groupe existe en dehors des associés qui le composent, qu'il est réellement sujet de droits opposables aux membres du groupe. Ce sont là deux conceptions sur lesquelles il importe d'être fixé. Nous allons donc exposer deux groupes de théories : les unes, con-

cluant à l'existence réelle de l'Etat, et admettant que la faute commise par les agents publics, est une faute moins de l'organe que de l'organisme, concluant par voie de conséquence à la responsabilité de l'Etat ; les autres tenant que l'Etat n'existe pas ou n'existe que comme fiction et ayant tendance à laisser supporter aux agents publics seuls les conséquences de leur faute. L'ensemble des théories du premier genre sera compris sous la rubrique « Doctrine de la personnalité réelle » ; l'ensemble des théories du second genre sera compris sous le titre « Doctrine de la personnalité fictive. »

CHAPITRE PREMIER

LA THÉORIE ORGANICISTE

Un des meilleurs fondements que l'on puisse donner à la personnalité et à la responsabilité des organismes administratifs est assurément de dire qu'ils existent non en tant que sujets idéaux de droits et d'obligations mais en tant qu'êtres réels, investis par la nature de la capacité de vouloir et d'agir. Dans ce système l'Etat, par exemple, apparaîtrait comme un organisme physiologique, soumis à des règles nécessaires, dont l'irresponsabilité serait la méconnaissance évidente.

Cette idée est une des plus anciennes de la science politique ; mais c'est surtout au siècle dernier qu'on l'a vu se développer avec précision et largeur. Les Grecs, et parmi eux Aristote, avaient eu prescience de cette

théorie, et le Stagyrite ne manquait pas de dire que l'Etat était « quelque chose de naturel » digne sujet de l'observation scientifique. Par un abus de langage qui montre bien cependant, combien cette manière de concevoir s'impose à l'esprit humain, les Romains appelaient *corpus*, et l'individu physiologique et les associations juridiques. Le corps humain lui-même était considéré comme soumis à des règles d'organisation et d'échange dont les pareilles étaient manifestes en matière sociale. Ménénius Agrippa employait cette image familière avec un succès indiscutable. Cette double idée, que le corps est une république, et que la société est un organisme, passe intacte de la philosophie antique à la doctrine chrétienne ; l'esprit mystique de l'Eglise personnalise les multiples organisations qu'elle crée. L'Eglise universelle est « mater », les Eglises particulières sont les « filles » ; on discute la question de savoir si elles ont une âme, et si elles peuvent, à l'exemple de personnes physiques, être soumises au droit Canon et délinquer. Là est le point culminant de la doctrine ; la décadence va commencer. Au sein même de l'Eglise, on proteste contre la doctrine de la faute collective. Toutes les fautes sont personnelles ; celles surtout qui entraînent des peines spirituelles. La Renaissance et son esprit analytique accélèrent la ruine de ces théories. Puis c'est l'organisation politique des Etats modernes qui fait de la royauté un obstacle aux groupements, exige d'eux l'approbation publique à peine d'inexistence, et limitant ainsi les associations collectives, diminue les chances de conflit et détourne l'attention des publicistes du problème de l'âme corporative.

Il a été donné au XVIII^e et au XIX^e siècles de le reprendre. Le goût de la généralisation, l'influence de l'es-

prit critique, l'examen des formes de gouvernement et au delà celui des formes sociales, poussaient les esprits imbus de méthodes scientifiques à les éprouver à l'analyse des phénomènes sociaux. Utilitaires et évolutionnistes se rapprochent. Le mouvement, un instant arrêté par la Révolution et le Premier Empire détracteur des « idéologues », suit insensiblement son cours. Cabanis et Gall sont d'avis que la science sociale pourrait être une dépendance de la biologie. Spencer, Huxley, Bagehot sont conduits par leurs théories déterministes à admettre que la nature morale et intellectuelle de laquelle procèdent les combinaisons politiques et les rapports sociaux, est soumise à des lois exclusives de tout libre arbitre. En Allemagne, Schoeffle continue le parallèle de l'Etat et de l'organisme.

Nous ne pouvons, en présence de constructions théoriques si importantes, ne pas leur accorder un bref examen : d'autant que, débarrassées de tous leurs excès, ces théories sont à la base d'autres, beaucoup plus juridiques, soutenues en Allemagne par Gierke et Jellineck. A tout prendre, le droit est autant une science de théories qu'une école d'observation sociale et à ce titre la théorie organiciste a été souvent des plus remarquables.

EXPOSÉ DE LA THÉORIE ORGANICISTE. — L'analyse découvre dans l'organisation individuelle et dans l'organisation collective des ressemblances telles que si l'on donne à la première le nom d'organisation vivante, il est illogique de le refuser à la deuxième ; tel est le point de départ de toute la théorie.

Les hommes sont constitués par des agglomérations de cellules, chacune spécialisée dans l'accomplissement

d'une fonction déterminée. Parmi ces fonctions, il en est de particulièrement importantes : ce sont les fonctions de relation dont les organes sont situés dans l'axe cérébro-spinal. Ces fonctions sont d'une importance particulière, non seulement parce qu'elles mettent l'individu en rapport avec le monde extérieur, mais encore *parce qu'elles servent à donner à l'individu conscience de sa propre personnalité*. Les cellules des autres organes ont comme celles-ci une vie propre. Mais il existe aussi pour tout individu une conscience et une volonté communes. Cette conscience est composée de toutes les sensations et de toutes les impressions, soit que la mémoire et l'hérédité les aient enregistrées, soit qu'elles soient actuelles. Suivant leur intensité ou leur répétition habituelle, ces sensations se classent par ordre d'importance, et assiègent sans cesse l'organe cérébral spécialisé pour les recevoir et transmettre ensuite à l'organisme des impulsions correspondantes. Dans ce classement particulier des sensations l'état de chaque cellule impressionnée a autant d'importance que la nature et l'intensité de la sensation à laquelle elle est soumise. La cellule, suivant son état d'atonie ou de vigueur, de santé ou de maladie, reçoit plus ou moins bien, déforme plus ou moins l'impression reçue, de telle sorte que l'organe central peut envoyer dans les muscles des impulsions qui ne sont pas conformes ni adaptées au milieu. Ainsi l'on sait que parfois la présence d'un grand péril frappe le système musculaire de stupeur, de telle sorte qu'au lieu de s'éloigner du lieu du péril, l'individu reste sur le point où il se manifeste. On sait aussi que si l'on vient à toucher des conducteurs électriques en fermant le circuit du courant, il se produit une crispation des mains qui saisissent et font adhérer plus fortement les

conducteurs, alors que le salut exigerait qu'on les abandonnât. On sait encore que le physique peut déprimer le moral et le moral réagir sur le physique. En un mot, le conflit entre la conscience et la volonté d'un organe d'une part, et la Conscience et la Volonté d'autre part, révèle qu'il y a dualité de conscience, dualité perceptible lors de leur contradiction.

Après avoir ainsi établi qu'il y a pour l'individu une volonté et une conscience générales qui ont d'ordinaire le pas sur la conscience et la volonté des cellules, mais qui parfois, et notamment dans les hypothèses de crises ou de grand danger, se confondent avec la conscience et la volonté cellulaire ; nous pourrions remonter plus haut et examiner ce qui se passe dans les organisations sociales dont l'Etat est le type le plus élevé.

Ici encore nous apercevons des groupements d'hommes, comme tout à l'heure nous apercevions des groupements de cellules ; ces hommes s'occupent chacun de quelque fonction sociale, et une division du travail règne parmi eux. On distingue notamment parmi eux deux spécialisations importantes. Les uns, les producteurs s'occupent activement des fonctions de nutrition ; les autres, les gouvernants, ont dans leurs attributions les fonctions de relation. Lorsque la population augmente et devient trop dense sur un espace donné on observe des mouvements d'émigration et de colonisation que l'on peut sans excès comparer à la reproduction par segmentation observée chez certaines diatomées. Mais de toutes ces fonctions et analogies, dont Schœffle surtout s'occupe avec infiniment de complaisance, ce sont les fonctions de relation qui sont les plus intéressantes et que les études de Droit public mettent le mieux en lumière. Lorsque de telles fonctions apparaissent nette-

ment spécialisées, on peut dire que la société au sein de laquelle elles se manifestent est en progrès sur l'ensemble des autres et franchit un degré dans la hiérarchie sociale, au même titre qu'un grand développement du système sensoriel et nerveux est indice de progrès pour les espèces biologiques.

Des individus particuliers, comparables aux cellules nerveuses des organismes vivants, transmettent aux organisations centrales les impressions plus ou moins fidèles du milieu où ils sont placés. D'autres individus reçoivent et classent ces impressions où ces faits venus de tous les points du territoire. Et disons ici encore comme nous le disions pour l'individu : dans ce classement particulier des faits qui détermineront plus tard les ordres émanés du centre, l'état de chaque agent de transmission aura autant d'importance que la nature ou l'intensité des impressions qu'il doit transmettre. Suivant ses opinions particulières, son intérêt personnel, suivant la réaction plus ou moins vive du milieu dans lequel il est placé, il ne transmettra pas de la même façon deux faits identiques. Et le milieu lui-même pourra être le témoin de faits d'inadaptation analogues. Indépendamment de l'emprise qu'auront toujours sur lui les phénomènes naturels et qui pourront le mettre en contradiction avec la loi ou l'ordre émané du centre, il faudra faire encore état de ses conditions propres d'énergie ou de mollesse, de richesse ou de pauvreté, d'instruction ou d'ignorance. Si l'autorité centrale se résout à les ignorer, et elle ne peut avoir la prétention de toujours exactement les connaître, il pourra arriver que les ordres émanés du centre soient inadéquats à la situation locale ; bref, il y a dans une société à la fois une conscience collective et des consciences individuelles dont

la dualité apparaît avec force dans les temps où elles sont en contradiction.

Il résulte de cette analyse, que la notion de conscience collective peut aussi bien servir à fonder la personnalité que la notion de conscience individuelle ; jusqu'ici rien n'est plus légitime que cette façon de raisonner. On peut critiquer les analogies forcées entre la constitution humaine et la constitution physiologico-sociale ; mais on ne peut refuser à la théorie le mérite de faire voir avec netteté la dualité des consciences en présence.

CRITIQUE. — Toutefois cette méthode offre de grands dangers, car grâce à elle une foule d'objets vont devenir sujets de droit, c'est-à-dire passer à la condition de personne, alors que le droit ne les considérerait qu'en tant que « rés ». Ce sont les animaux auxquels les psychologues modernes reconnaissent une conscience rudimentaire. Mais il y a plus et des penseurs audacieux ne manquent pas de parler de la conscience des végétaux (Claude Bernard) et même de la matière brute (article de Dastre dans la Revue des Deux Mondes, 1902, 11 et 12) ; c'est absolument perdre de vue la notion utilitaire et pratique du droit que suivre sur un pareil terrain les partisans de la conscience universelle, et de l'âme des choses. Quelle que puisse être pour certains corps leur constitution intime, et la possibilité d'être conscients, le droit les subordonne en tant que choses et biens à la personnalité humaine. Quelle que soit donc la solidité du fondement donné à la responsabilité collective en général, et à celle des organismes administratifs en particulier par les théories organicistes, nous sommes obligés de

les repousser comme étant inconciliables avec la discipline particulière du droit.

Si nous n'étions pas amenés à cette solution par les réflexions qui précèdent, nous devrions y aboutir par l'examen de ce qui s'ensuivrait en matière de responsabilité. En effet, les organismes biologiques réparent les dommages causés à leurs éléments en faisant fonctionner une loi de solidarité ; il en résulte que dans ce système, tout dommage quel qu'il soit, émanât-il même de l'activité libre et réfléchie du sujet considéré (docteur Yersin s'inoculant la peste ; fakirs se torturant sous l'empire de considérations religieuses) serait à la charge de la collectivité, on en arriverait peu à peu à éliminer toute notion de faute ; or, le droit est fondé sur le postulat, critiquable peut-être, mais nécessaire au point de vue social, du libre arbitre des hommes ; ici encore il y aurait contradiction entre le principe et la sanction (1).

(1) On objecte encore que les organismes biologiques du degré le plus élevé, sont impuissants à réparer les pertes organiques les plus graves, telles qu'ablation d'un membre ; au contraire, les organismes biologiques inférieurs réparent aisément de telles pertes. La conséquence serait que, dans les formes sociales supérieures, la réparation due aux individus devrait diminuer avec les progrès sociaux.

CHAPITRE II

THEORIE DE GIERKE ET BE BESELER

La théorie organiciste donne une explication très convenable de la formation de la volonté collective ; il a appartenu à Gierke de la dépouiller de tout son appareil de biologie encombrante et d'en faire une théorie idéaliste.

EXPOSÉ DE LA THÉORIE. — En raison pure, la notion de personne se déduit de la méditation cartésienne ; je pense donc je suis ; j'ai conscience de moi-même, je n'ai pas conscience du monde extérieur, qui se projette en moi, bien plus que je ne m'analyse en lui. En vertu du principe d'identité ou de non-contradiction et de son réciproque, le principe de non-identité par contradiction, j'appelle moi ce qui n'est pas le monde extérieur, et j'arrive ainsi à la notion de personne. En droit, au contraire, la notion de personne se déduit de la considération du phénomène volonté. Toute manifestation de volonté crée la personnalité. C'est parce que l'homme est susceptible d'agir de plusieurs façons qu'il y a lieu d'imposer par la loi, la convention ou tout autre procédé, une règle à son vouloir. Or, ne peut-on pas admettre qu'il existe pour la collectivité comme pour l'individu une volonté. Si oui, la personne morale devient réellement sujet de droit, son existence n'est pas fictive, mais de fait ; et par voie de

conséquence, sa faute, d'autres disent son infraction, la grèvent de responsabilité d'ordres divers.

Gierke s'est attaché à faire la démonstration de l'existence de la volonté collective, et à protester contre la doctrine de la personnalité fictive. « La personne morale » n'est pas une fiction de la loi, c'est un être collectif »-réel doué comme la personne humaine de la faculté » de vouloir et d'agir. La loi ne la crée pas ; elle se borne » à en reconnaître et à en légaliser l'existence. Le fondement, la raison d'être de cette existence, c'est la » naissance d'une volonté collective ; elle peut bien, en » fait, se refuser à la reconnaître, comme elle a pu en » d'autres moments de la civilisation se refuser à reconnaître la personnalité de l'esclave, elle peut pour des » motifs généraux la limiter et l'interdire, il n'en reste » pas moins qu'elle existe en soi, en dehors de toute » reconnaissance de la loi. » (1).

LA CONSCIENCE ET LA VOLONTÉ COLLECTIVES. — Ici encore, il faut établir comme substratum de cette volonté, une conscience commune qui soit différente de la conscience individuelle. M. Duguit (1) qui rejette précisément ces théories en faisant valoir l'inexistence de la conscience publique s'exprime comme suit sur le point qui nous occupe : « Pour que l'opinion publique pût être » construite juridiquement en la forme de la volonté » nationale, il faudrait démontrer l'existence objective » d'une conscience nationale, il faudrait établir que ces :

(1) Gierke, *Genossenschaft-theorie*.

(2) *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, 2, 65.

» idées et ces aspirations communes ne sont que les manifestations d'une conscience une et réelle existant derrière les consciences individuelles ou au-dessus d'elles. Alors seulement il serait exact de dire que la forme juridique de cette conscience nationale révélée par psychologie sociale est la personnalité juridique de la nation prise comme telle, alors seulement il serait permis de considérer cette personnalité collective comme titulaire d'un droit, mais c'est travestir les faits que de faire de l'opinion publique simple coïncidence de pensées et de désirs, le substratum d'une personnalité juridique distincte des individus.

Telle est l'objection, faite en général aux théories allemandes. On la retrouve sous la plume autorisée de M. Michoud qui ne manque pas de dire aux termes près, qu'en dernière analyse cette prétendue volonté collective n'est en définitive qu'un groupement de volontés individuelles, et que vouloir, même pour l'intérêt public, ne cesse pas d'être l'exercice de la volonté individuelle. M. Hauriou (1) fait remarquer à cet égard, que c'est le propre des théoriciens français de ne pas pouvoir se satisfaire de ces notions irréductibles au simple, et de les décomposer en leurs éléments chaque fois qu'ils les rencontrent.

Mais, cette tendance générale signalée, reprenons le débat tel que le pose M. Duguit et demandons-nous s'il est vrai ou non qu'il existe, pour une collectivité donnée une conscience publique. Pour nous, la question ne se pose pas ; ce n'est pas une démonstration logique qu'il s'agit de faire, c'est une simple observation qu'il ne

(1) *De la personnalité comme élément de la réalité sociale.*

faut pas se refuser d'enregistrer. « La conscience, dira
» M. Albert Lafargue (1) est l'état d'un être qui a la no-
» tion de son existence ; un groupé social quelconque
» possède, outre la somme des consciences individuelles,
» la conscience propre du groupe ; chaque individu n'a
» pas seulement conscience de son existence, de son
» pouvoir et de sa volonté, il sait encore que la cons-
» cience des autres a, à peu de choses près, à tel moment
» donné, le même contenu que la sienne ; il a pour ainsi
» dire conscience de la communauté de la conscience,
» de là un renforcement, une exaltation du pouvoir et
» du vouloir de chacun, chacun se sentant solidaire du
» tout. » Ainsi chaque citoyen pris non en tant qu'in-
dividu, mais en tant que membre au corps social, a cons-
cience que non seulement lui, mais encore tous ses con-
citoyens participent à la chose publique. Dans chaque
conscience se projette la notion d'Etat ; elle existe au
même moment, dans tous les esprits, en dehors de toute
condition de milieu : « Civis Romanus ego sum » disait
le Romain seul et sans armes au milieu des groupements
barbares les plus cruels et les plus hostiles à l'étranger,
et cette déclaration calme et hautaine n'était rien moins
qu'une affirmation de la conscience romaine, d'une force
et d'une volonté collectives supérieures à tout ce que
les barbares pouvaient connaître de fort et de libre.

En dehors de ces analyses n'est-il pas exact de dire
que l'Etat a la notion de son existence en dehors de celle
des individus qui le composent. Il cherche à bénéficier
toutes les fois qu'il le peut des avantages politiques et
sociaux que lui ont préparés les générations précéden-

(1) *L'Orientation humaine.*

tes ; il supporte les conséquences des fautes de celles-ci ; la décision qu'un individu a prise hier, ce sera un autre qui l'exécutera demain, sans que la mort des organes de l'Etat ait pu dissoudre la solidarité nécessaire et consciente qui relie chacune de ces deux volontés, celles du défunt de la veille et celles de son remplaçant d'aujourd'hui ; ces deux volontés subitement orientées vers le même but ne peuvent trouver que dans une conscience commune le fondement de leur activité sans cela incompréhensible. La conscience publique se réfléchit sur elle-même et donne ainsi à l'Etat la notion de son existence.

En réfléchissant sur le milieu elle lui donne la notion de son vouloir. Et, ici, on ne saurait non plus contester : l'Etat a une notion indiscutable de son pouvoir, puisque presque tout le droit public tend à déterminer dans quelle mesure la puissance publique s'autorise à prévaloir sur les droits et les intérêts du citoyen ; puisque les Etats modernes s'organisent de façon à permettre à la volonté publique à définir son but et à le réaliser par le jeu régulier des institutions législatives.

Une seconde objection faite à la théorie de l'existence réelle des collectivités ne nous paraît pas mieux fondée. Elle consiste non plus à nier l'existence de la conscience collective mais à prétendre qu'il est impossible de la dégager des consciences individuelles. Le seul instrument mis au service de la critique, « l'analyse », n'arrive jamais à enregistrer autre chose que des individualités. De ce que l'on ne peut expliquer comment la conscience collective se forme dans l'atmosphère sociale on déduit que ce n'est là qu'une fiction, un simple nominalisme. Cette façon de raisonner mérite un instant que l'on s'y arrête ; on pourrait, semble-t-il, en l'appliquant à la personnalité physique, nier la volonté de la personne ou la

réduire à de simples reflexes organiques. De ce que nous ignorons quel mécanisme mystérieux fait répondre un mouvement musculaire donné à une excitation nerveuse correspondante, déduirons-nous l'inexistence de la volonté humaine ?

Cette première réserve faite, exposons l'objection : l'Etat, dira-t-on, n'est pas une unité différente de la somme des individus qui le composent. Si c'était une unité différente on retrouverait à l'analyse, non pas les éléments seuls qui l'ont constituée, mais encore d'autres. Emaner d'un ensemble d'unités et dominer en même temps ces unités est un fait on ne peut plus anormal. Nous nous sommes déjà expliqué sur le bien fondé de cete méthode analytique ; n'y aurait-il pas, à vrai dire, un réalisme exagéré à ne vouloir connaître en dehors d'une série d'éléments homogènes rien que ces éléments eux-mêmes. Les rapports, les combinaisons, les influences réciproques ne sont-ils pas aussi intéressants à étudier que l'existence propre des objets sur lesquels on discute. Que serait une nomenclature anatomique sans les explications de la physiologie ? A quoi bon connaître une organisation qui ne fonctionne pas ? Qu'est-ce que le positivisme sans finalité ? Nous croyons, qu'à considérer un groupement, l'appréciation mesurée et délicate du but à poursuivre et du résultat atteint fait à la fois la difficulté du problème et l'intérêt de sa solution. D'ailleurs, certaines données du problème de la formation de la volonté générale sont d'ores et déjà familières à la sociologie, les hommes réunis en société se lient les uns aux autres par mille liens de famille, de contrat, d'affection, de sympathie ; les idées s'associent non seulement d'homme à homme, mais même dans le cerveau se soumettent à un enchaînement rigoureux ; l'imitation, la ré-

pétition d'un acte d'initiative, est un fait socialement nécessaire (1). La loi, les préjugés, les modes issus des rapports sociaux modifient sans cesse les volontés individuelles, et de nouveaux rapports, générateurs eux-mêmes de volitions futures, se forment de la réaction entre le moi humain et le moi social antérieurement dégagé. Ce n'est pas tout que de concevoir la société en puissance, à l'état statique, il faut encore se la représenter en acte, dynamiquement. L'analyse ne dégage que des éléments humains ; sièges de forces physiques et psychiques. L'observation véritable fait valoir que ces forces se couplent, se combinent les unes les autres, qu'elles se multiplient ou s'affaiblissent suivant qu'elles agissent dans le même sens ou qu'elles s'opposent les unes aux autres. De leurs combinaisons touffues, complexes, mal étudiées, encore par la sociologie naissante se dégage la volonté sociale autre que la volonté individuelle, parfois en contradiction avec celle-ci. Ce que la juxtaposition n'eût pas donné, la combinaison le donne.

LA THÉORIE DE L'ORGANE. — Après avoir établi ainsi en détail l'existence d'une conscience collective, d'une volonté collective, reste à savoir dans quelles conditions elle s'exprimera : c'est le propre de la théorie de l'organe que d'expliquer ce point obscur. En effet, quelle que soit la définition du droit, qu'il soit une volonté protégée par la loi ou qu'il naisse en dehors de toute volonté, il ne se réalise à l'extérieur que par un phéno-

(1) Sur ce point, voir les belles études de M. Tarde.

mène volontaire. Seul l'individu humain est capable de reproduire ce phénomène. Seuls donc, des individus humains pourront exercer la volonté des corps collectifs. On appelle organe l'individu qui exerce à l'extérieur la volonté de la personne collective. Cet organe ne doit pas être confondu avec un mandataire. Un mandat est un rapport de droit entre deux personnes juridiques ; l'organe au contraire fait partie de la personnalité juridique. De même que, par abstraction, nous rapportons à un tout organique les actes de l'homme qu'a voulu son cerveau, qu'ont réalisés ses mains ou ses autres organes ; de même les organes des personnes collectives ne peuvent point être détachés d'elles-mêmes, et le tout ne fait qu'une seule et même personne juridique.

Dans toutes ces conceptions « organiques », les juristes allemands font sans cesse un parallèle entre l'homme et l'Etat, en tant que synthèse d'hommes. Aussi, dans cette voie, ont-ils prévu une objection que leur méthode de raisonnement détermine presque invinciblement dans l'esprit de leurs disciples. Puisque l'on admet que les organes des personnes collectives sont des individus humains, susceptibles à ce titre d'être eux-mêmes sujets de droits et considérés comme personnes, on devra admettre par un même processus logique que les organes humains eux-mêmes devront avoir la même personnalité, et l'on arrivera aux conceptions assez enfantines du Droit pénal des ordonnances de saint Louis qui, à l'exemple d'autres droits primitifs, ordonnent l'ablation du poignet du voleur ou la mutilation par le fer rouge de la langue du blasphémateur, rapportant avec un parfait réalisme chaque effet à sa cause, et s'en remettant à la solidarité organique pour atteindre indirectement la pensée coupable, cause première de l'acte incriminé. « La person-

nalité humaine, dit Gierke, qui en son unité psychique in-
» divisible et indissoluble, échappe à toute perception
» des sens, intervient toujours dans le monde sensible par
» les moyens d'organes corporels et n'est saisie que par
» l'abstraction comme le véritable sujet de la volonté et
» de l'action ; les rapports juridiques, comme tous ceux
» de la vie sont soumis à cette règle », mais « les orga-
» nes des personnes individuelles, même dans la vie ju-
» ristique, agissent simplement d'après la disposition de
» l'organisme particulier de l'homme comme agent de
» l'unité psychique qui l'anime. Les personnes collecti-
» ves ont aussi des organes par lesquels seuls, il leur
» est possible de vouloir et d'agir, par lesquels elles
» acquièrent des droits et se grèvent d'obligations, par
» lesquels elles s'exercent les premiers et s'acquittent des
» secondes. Mais ces organes des personnes collectives
» sont des individus ou des groupes d'individus, c'est-à-
» dire des personnes juridiques ». En d'autres termes, la
notion d'organe est une notion de droit public et non de
droit privé, ou si l'on veut, elle n'appartient qu'au droit
des groupements. Pour l'individu, le droit s'arrête à un
certain degré dans l'analyse. Pour les groupes, il peut
aller plus loin, créer la notion d'organe. « Le droit cons-
» titutionnel, au sens large, doit établir les conditions
» dans lesquelles un acte de volonté humaine ne doit
» pas être rapporté aux individus qui l'accomplissent,
» mais doit être considéré comme une manifestation de
» l'être collectif. »

Enfin, cette construction juridique sera complète lorsque on aura montré comment le corps collectif et l'organe sont en relations. Pour l'homme, la question est une des plus efficaces de la physiologie ; pour la corporation, Gierke est moins embarrassé. Une fois la

notion d'organe admise, il en déduit un droit réciproque de l'organe et de la collectivité, celui-ci ayant droit à voir respecter les limites de sa compétence, celle-ci ayant droit d'exiger de l'organe son fonctionnement intégral. Ce dédoublement au corps collectif (organe compris), en deux personnes titulaires respectives de droits et grevées d'obligations réciproques nous apparaît comme une erreur de la théorie du grand jurisconsulte allemand ; il n'était pas besoin de poser en principe et d'affirmer rigoureusement l'unité du corps collectif (organe compris), de faire remarquer qu'il n'y avait dans cette conception aucune idée de mandat pouvant mettre en rapport deux personnes, si l'on devait abandonner ensuite un terrain si habilement choisi et admettre le dédoublement juridique de l'organe par rapport à son soutien. Jellinek considère au contraire le droit respectif de l'organe et de son soutien comme un droit unique, dont est titulaire le seul groupe envisagé, mais que peut exercer seulement la personne organe ; c'est la distinction familière aux jurisconsultes entre l'existence et la jouissance des droits.

Les conséquences juridiques de cette théorie justifient la longueur de l'exposé que nous lui consacrons. En premier lieu, le fonctionnaire organe ne sera jamais considéré comme mandataire. Lorsqu'il fera un acte juridique, ce ne sera pas sa volonté qui se manifestera à l'extérieur, ce sera la volonté organisée de la corporation. Une question délicate se posera cependant, celle de savoir si l'organe a agi dans les limites de sa compétence, c'est la question qui se pose en droit pénal vis-à-vis de l'homme lui-même, et en vertu de laquelle on se demande si un acte extérieur est punissable lorsqu'il apparaît non comme le produit de l'activité libre et spon-

tanée de l'individu, mais comme un réflexe, en un mot, si à raison du caractère insolite de l'acte, il doit être rapporté à l'homme lui-même ou à une simple vibration organique.

Toutes les fois que le fonctionnaire agira dans le cercle de sa compétence, son acte sera réputé acte de l'Etat. Aucun rapport de droit ne naîtra entre la corporation comme telle, et l'organe comme tel. La responsabilité des individus organes vis-à-vis de la corporation ne doit aucunement être assimilée à la responsabilité d'un mandataire à l'égard de son mandant. Le rapport entre un particulier et un fonctionnaire est un rapport direct entre le particulier et le groupe. Les effets juridiques à déduire de ces rapports de droits ne seront mis en question qu'entre le particulier et le groupe ; l'organe n'est pas, ne doit pas être mis en cause. En deuxième lieu, dit M. Duguit : « Cette conception juridique de l'organe » permet aussi d'expliquer la responsabilité délictuelle » des personnes corporatives en général et de l'Etat en » particulier, responsabilité qui est inexplicable avec la » théorie traditionnelle du mandat. Si l'on désigne par » l'expression de responsabilité délictuelle toute respon- » sabilité délictuelle, toute responsabilité ayant pour » cause une faute non contractuelle, soit que cette faute » ait pour sanction une peine « responsabilité pénale », » soit qu'elle ait une sanction non pénale, « responsabi- » lité simple », cette responsabilité est personnelle et » d'après son principe même, ne peut atteindre que ce- » lui dont la volonté a commis une faute entraînant cette » responsabilité. Dès lors, supposez que les agents d'une » corporation en général ou de l'Etat en particulier, » soient des mandataires, il est de toute évidence que la » faute délictuelle commise par ces agents ne peut en-

» traîner que la responsabilité de ceux-ci et non celle de
» la corporation de l'Etat. Si au contraire on voit dans
» les agents d'une corporation ou de l'Etat des organes
» de la personne collective, ce qui nous apparaît exté-
» rieurement comme une faute des agents est réellement
» faute de la corporation ou de l'Etat, il y a donc vérita-
» blement volonté délictuelle de la personne collective,
» il y a responsabilité personnelle et directe de la cor-
» poration ou de l'Etat. Cette responsabilité peut même
» être pénale (Mestre, 25, I, seq. q.). » (1)

Lorsque les civilistes cherchent à baser la responsabilité civile de l'Etat sur les textes du Code civil, en particulier sur l'article 1384, ils se donnent beaucoup de mal et font violence à l'histoire pour arriver à un résultat auquel conduit plus directement la théorie organique. Jamais les rédacteurs du Code civil n'ont eu la pensée d'englober sous les mots « personnes dont on doit répondre » les agents des personnes collectives, ou les fonctionnaires de l'Etat. De plus, lorsqu'on dit que la responsabilité de l'Etat dérive de l'absence de surveillance de son fonctionnaire fautif, on exagère la portée du principe de l'article 1384. Car la faute que prévoit cet article est une faute strictement personnelle que l'on peut toujours rapporter à un individu humain déterminé ; la mauvaise surveillance est imputable au fonctionnaire hiérarchique supérieur, à l'inspecteur, lorsqu'un service d'inspection fonctionne, au *revizor* Russe, au *Missus Dominicus* Carolinaien ; elle n'est jamais imputable à la collectivité au nom duquel ces divers personnages agissent. Rapporter une faute personnelle à un or-

(1) Ouvrage cité.

ganisme collectif, n'est possible que si l'on pose en principe la notion d'organe.

Enfin, dernière conséquence, l'inobservation des règles relatives à la « spécialité » des organes, n'aura pas forcément pour résultat d'exonérer leur soutien de toute responsabilité. On admet que les actes accomplis par un fonctionnaire en dehors du cercle de ses fonctions peuvent être annulés, mais qu'il n'y a pas matière à responsabilité dans cette erreur de compétence. En effet, la faute commise par l'agent incompetent est une faute lourde qui lui reste propre et n'engage pas la collectivité qu'il représente. Plus généralement, en commettant une faute délictuelle, l'agent sort de sa compétence, car on ne peut présumer qu'il ait reçu compétence pour faillir. Lorsqu'il faillit, il cesse d'être organe. L'objection est plus spécieuse que solide. Même dans le cercle de ses attributions, l'agent peut commettre une faute ; à admettre le contraire, on supposerait la personne morale infaillible, car d'une part elle n'agit que par ses organes, et, d'autre part, ceux-ci n'agissent pour elle que sous la condition d'être exempts de faute. En dehors des dangers de cette déduction évidemment outrée, n'y a-t-il pas aveuglement à refuser de reconnaître que la liberté de l'organe l'expose à jouer son rôle, habilement ou non, légalement ou non. Pourtant, la théorie indique que, dans ces manifestations de volonté, son activité coïncide précisément avec l'activité du groupe. Si l'organe passe un contrat désavantageux et qui va à l'encontre du but que la personne morale poursuit, annulera-t-on les obligations du groupe, les mettra-t-on à la charge de l'organe ? Si l'on répond que oui, on s'autorise à rapporter à l'organe le bénéfice des actes habiles qu'il aura pu passer, alors qu'en réalité c'est le corps social qui en est

le vrai bénéficiaire. La question de faute ne se pose pas autrement que la question des avantages économiques ; il faut comme pour elle rapporter au groupe le fait de l'individu-organe, à raison de cette présomption de liberté qui est le fondement même du droit.

La réponse à l'objection, dit M. Duguit, est assurément ingénieuse. Est-elle concluante ? Ne se heurte-t-elle pas à d'innombrables difficultés d'application ? Il arrivera bien un moment où la faute de l'agent sera d'une telle gravité qu'on devra certainement le considérer comme étant sorti de sa compétence et comme ayant perdu la qualité d'organe ? Comment distinguer les deux situations ? La difficulté est la même que pour la jurisprudence française, qui admet la distinction entre la faute de l'homme et la faute du fonctionnaire. C'est la vérité même, mais peut-on à l'avance extirper toutes les difficultés de fait que présente l'application d'une théorie ? A quoi bon avoir des juges, si ce n'est pour résoudre les cas épineux ? Et à vrai dire, quelle que soit la perfection des théories, il faudra toujours qu'un arbitre décide combien il faut de cheveux pour faire une perruque ! Si on examine la difficulté pour l'homme lui-même, les questions d'imputabilité ne sont-elles pas en droit pénal des plus délicates ? En principe, le délit que commet le bras est le délit de l'homme lui-même, et cependant il y aura des hypothèses où l'on ne punira ni l'homme ni le bras (folie, hystérie, etc.), et si une responsabilité est encourue, elle le sera non par l'organe, mais par l'homme.

En résumé, la personne morale n'est pas une fiction de la loi, c'est une *realgesampt* personne capable de vouloir et d'agir. Sa volonté se fonde sur l'existence d'une conscience collective. Celle-ci est parfaitement distincte des consciences individuelles. La personne morale veut

et agit par ses organes. Ceux-ci sont des représentants, et non des mandataires. Leurs actes, même fautifs ou délictuels, doivent être rapportés au groupe, sujet véritable des droits et des obligations créés par l'intermédiaire de son organe. La responsabilité du groupe est en particulier toujours engagée lorsque l'organe a causé un préjudice.

CHAPITRE III

THÉORIE DE JELLINEK

Ces idées de la réalité de la personne morale, de son existence en soi, indépendamment de la loi, fondées d'abord sur des notions biologiques, déduites ensuite de la théorie de la volonté, ont été exposées par Jellinek avec des variantes qui doivent être analysées.

Les théoriciens de la volonté collective, dans leurs recherches sur la conscience collective, se placent suivant Jellinek sur un terrain des plus difficiles ; peu importe l'existence métaphysique de la personne morale. Il suffit que l'on puisse l'admettre comme « concept juridique », en dehors de toute question d'existence en soi. « Il y a, suivant le point de vue auquel on se place, des » notions différentes d'un même objet ; elles ne sont pas » contradictoires, mais les confondre est le fait d'un vice » de méthode ». Pour le physicien, une « sonate est une » collection de vibrations, pour l'esthéticien, elle existe » en soi ». Pour le sociologue, la société est une orga-

nisation nécessaire d'individus solidaires les uns des autres ; pour le juriste, elle n'est qu'un système de groupes et il n'a qu'à se demander comment il doit concevoir les groupes dans le monde des relations humaines auxquelles, seules, ils appartiennent. Ces deux notions ne doivent pas être confondues : « Le synchrétisme méthodique compte parmi les vices de notre époque. La méthode des sciences naturelles, la recherche empirique, l'investigation biologique entrent en scène et nous apportent des découvertes sensationnelles. D'un côté on avertit le juriste que l'Etat n'ayant ni tête ni jambes, ne peut pas être une personne, de l'autre on découvre comme une vérité destinée à faire époque que l'Etat forme avec les bacilles, les fougères, les mammifères, les associations et les corporations une grande catégorie d'individus semblables dans leur essence ! »

Il faut librement abandonner de tels modes de raisonnement ; le monde juridique, en effet, n'existe pas à proprement parler. L'objet de la science du droit n'est pas un objet matériel. Il n'y a là que des pensées, des abstractions. Que l'on se pose la question de savoir si ces abstractions peuvent être légitimement regardées comme psychiquement existantes, ou que l'on ne veuille reconnaître que les phénomènes positifs, peu importe. Que le concept soit réel ou formel, cela est indifférent. L'intelligence humaine étant apte à concevoir des abstractions juridiques, on peut s'occuper légitimement de ces abstractions et raisonner sur elles, de même que le mathématicien raisonne et calcule sur des expressions comme racine carrée de 2 qui ne correspondent à aucune valeur métrique positive. Sous ces réserves on peut affirmer que l'Etat a réellement une unité et une personnalité. Ce n'est pas une unité au sens absolu du mot, car

à ce point de vue il n'y a guère que l'atome qui le soit, mais c'est une unité au point de vue de la vie et du langage, c'est-à-dire un groupement d'éléments simples réunis par une qualité commune. Ici cette qualité commune est le but poursuivi. C'est en effet le but qui individualise les choses humaines. Un délit, un contrat, se décompose en une série d'actes isolés par le temps, ce n'est que par la notion d'unité qu'ils deviennent un tout juridique. Et l'on pourrait multiplier les exemples : une succession, une réunion d'individus, les fonctions successives de diverses sentinelles, une association, une corporation ne deviennent à nos yeux des unités abstraites que par l'unité du but qui est poursuivi. Au point de vue absolu, c'est une succession d'hommes, une succession de rapports humains ; au point de vue de la relativité juridique, ce sont des actes, des droits, et des personnes.

Après ces observations préliminaires, on peut affirmer que l'Etat est un, à raison de la communauté du but poursuivi par ses membres et qui est d'assurer la paix sociale ; à ce titre, l'Etat devient titulaire d'un droit subjectif, et dès lors, c'est évidemment une personne. Mais, dira-t-on, va-t-on faire des personnes de tout ce qui dans la nature peut être ramené à l'unité par le but poursuivi : les choses, les animaux, sont dominés comme l'homme par des nécessités finales. La terre, lancée dans l'espace, tend énergiquement à décrire son orbite. La terre sera-t-elle personne ou divinité et va-t-on revenir aux rêveries théogoniques, moitié religieuses et juridiques, moitié scientifiques des premières sociétés humaines. Jellinek s'en défend. Ce qui empêche d'étendre cette notion d'unité par le but en dehors de toute mesure, c'est l'existence de la volonté. Ce n'est pas le tout que

tendre à un but, il faut avoir conscience d'y tendre ; c'est cette conscience intime qui différenciera les attractions déterminées de la nature ambiante et les volitions propres de l'homme. Or, à ce dernier point de vue, volonté individuelle ou collective sont exactement assimilables. Nous concevons par une opération de l'esprit bien supérieure à une fiction, la volonté du groupe, comme distincte de la volonté des individus de ce groupe, en vertu de la même nécessité intellectuelle qui nous fait admettre l'unité de la personne collective. Du moment que cette unité existe, nous devons lui attribuer au point de vue de la raison pratique les actes de volonté qui la dirigent vers son but. Ces actes, qui sont dans le monde physique, des actes de volonté individuelle, sont dans le monde juridique des actes de volonté de la collectivité. Si on les considère comme tels, c'est par suite de notre organisation mentale qui individualise toute collectivité tendant à un but. Et il faut bien le remarquer, cette opération de l'esprit est nécessaire et absolument indépendante de la reconnaissance de l'autorité publique. Une collectivité de malfaiteurs est en butte aux rigueurs de la loi, elle est illicite, elle ne saurait être reconnue par l'Etat, ce qui n'empêche pas de la concevoir comme collectivité et d'exister physiologiquement dans l'esprit de tous ceux qui savent qu'elle existe.

OBJECTIONS. — La théorie de Jellinek n'a pas échappé aux critiques. (a) Il affirme que les personnes morales sont douées de volonté sans d'ailleurs le démontrer ; (b) il dit qu'il faut la leur attribuer par nécessité logique ; il n'y a pas loin de là à la fiction. Ce n'est pas mettre de côté la

fiction, dira Preuss (1), que de l'expliquer en termes différents. Certes rien n'est plus scientifique que l'abstraction, mais il ne faut pas d'abstraction en abstraction perdre de vue les réalités qui ont servi de point de départ à toutes ces constructions mentales. Par quel coup de baguette magique la volonté des individus devient-elle la volonté du groupe. On ne nous l'explique pas, car ce n'est pas l'expliquer que de dire qu'il est nécessaire pratiquement que le droit la considère comme telle. Enfin, d'autres théoriciens (Duguit), tout en rendant justice aux mérites de simplicité et d'élégance de la théorie organique la critiqueront en faisant observer que la personnalité corporative n'existe que par la volonté de l'organe, mais que celui-ci, d'autre part, est créé par la volonté corporative ; finalement le groupe fera-t-il l'organe ; l'organe réalisera-t-il la personnalité du groupe ; il y a à première vue un cercle vicieux duquel on ne peut pas sortir.

RÉPONSE. — On reviendra sur ces critiques ; en effet, nous faisons de la théorie de Jellinek le postulat de nos raisonnements sur la personnalité et la responsabilité de l'Etat ; à ce moment, nous réfuterons les objections signalées plus haut ; pour l'instant, il faut épuiser les doctrines sur la personnalité morale.

(1) Hugo Preuss, *op. cit.*

CHAPITRE IV

THÉORIE DE ZITTELMANN (WILLENSTHEORIE)

Jellinek a-eu le mérite de la systématisation des opinions en cours sur la réalité de la personne morale, mais les idées dont il a opéré une synthèse, remarquable d'ailleurs, n'ont pas été formulées que par lui. C'est une tendance insurmontable de l'esprit humain, dit-il, que de tendre en présence d'un groupement homogène à l'unifier, à lui reconnaître une existence aussi réelle que celle des éléments qui le composent. C'est ce que Zittelmann, après Windscheid et Preuss, appelle le principe de l'unité dans la pluralité « Die Einheit in die Vielheit ». Comme nous l'avons souvent dit, il y a un degré dans l'analyse auquel la connaissance doit s'arrêter ; il y a un point où l'abstraction doit remplacer le microscope : « pour ceux » qui résorbent toute la vie sociale dans la conscience » individuelle, dit Zittelmann, il faudra dire également » que les propriétés de la vie résident dans les particules » d'oxygène, d'hydrogène, de carbone et d'azote qui » constituent le protoplasma vivant, car le corps ne » tient rien en dehors de ces particules minérales, de » même que la société ne contient rien en dehors des » individus ». Ce principe de l'unité dans la pluralité est d'ordre général ; ou nous aurons une connaissance anatomique des objets, ou nous en aurons connaissance par unités d'abstraction. « Le corps humain, dira M. Mestre, » rapportant les théories de Zittelmann, ensemble de cel-

» lules qui sont des êtres vivants, ne le regardons-nous
» pas comme un nouvel être, vivant à son tour ?... Dans
» la vie de tous les jours, la théologie, les arts, dans tou-
» tes les manifestations de la nature analysées par
» l'homme, on retrouve ce principe de l'unité résultant
» toujours d'une pluralité. La chimie nous en fournit un
» exemple frappant ; de deux corps mis en présence et
» soumis à certaines influences, il résulte un corps nou-
» veau d'une réalité aussi certaine que celle des deux
» substances primitives, l'oxygène et l'hydrogène don-
» nent l'eau par leur combinaison ; sans doute il n'y a
» rien dans l'eau qui ne proviennent des deux corps mis
» en présence et cependant l'hydrogène est autre chose
» que de l'oxygène et de l'hydrogène ». Enfin, en mathé-
matiques, si l'on pose $A + B = C$, il est entendu que la
quantité C pour être identique à $(A + B)$, n'est pas moins
quelque chose d'absolument différent de l'addition de A
et de l'addition de B. La formule mathématique du prin-
cipe de l'unité dans la pluralité, dit M. Michoud, est que
 $A + B = C$, et non $A + B = (A + B)$. (Notions de per-
sonnalité morale).

Une règle si générale, un principe dont les applica-
tions intéressent tant de branches des connaissances hu-
maines doit trouver aussi en matière juridique son appli-
cation. La notion de patrimoine se dégage de la fusion
des droits particuliers actifs et passifs, réels ou de créan-
ce, dans une entité théorique dont bénéficie un individu ;
la notion de personnalité est l'unification d'une pluralité
de personnes. Or, le propre de la personnalité indivi-
duelle, c'est la volonté ; le sujet de droit ce n'est pas
l'homme, c'est la volonté humaine (1), et sur ce point,

(1) Meurer, *op. cit.*

Zittelmann ne pense pas autrement que Meurer. Ce que l'on nomme une personne physique, n'est rien de plus qu'une personne juridique avec un superflu physique, absolument sans intérêt d'ailleurs. Nous sommes donc en présence d'un système de volontés plurales qui se résolvent unitairement par l'application du principe de l'unité dans la pluralité.

CRITIQUE. — M. Michoud (1) n'est pas satisfait de la théorie de Zittelmann ; la grosse objection qu'il lui adresse et qui nous paraît le mieux fondée, est qu'il y a lieu de douter du grand principe de l'unité dans la pluralité. Il ne faut pas prendre les apparences pour la réalité et faire d'une terminologie commode une abusive création. Lorsqu'on colle une étiquette sur un flacon, il est convenu qu'en nommant le mot de l'étiquette, on désigne le contenu du flacon et non l'étiquette. S'il est légitime d'abstraire certaines qualités des objets, et de raisonner sur elles, comme le propose Jellinek, de façon à ne pas s'embarrasser l'esprit de la considération de toutes les autres qualités étrangères à l'objet dont on s'occupe, il est d'autre part abusif de poser en principe que l'on prendra toujours le mot pour la chose. Par ailleurs, M. Michoud reproche à la théorie de ne vouloir considérer dans l'homme que la volonté pure. Nous comprenons ce souci de la part de M. Michoud, pour lequel la volonté subjective pure n'est pas suffisante pour fonder la personnalité et qui veut que cette volonté se mette en acte à la recherche d'un intérêt, licite d'ailleurs ; mais il est assez remarquable que l'éminent auteur, partisan

(1) *Op. cit.*

de la doctrine de la personnalité réelle, raisonne sur ce point comme les partisans de la personnalité fictive. Giorgi, dans sa *Dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*, fait à peu près à Zittelmann les mêmes critiques que M. Michoud : « Que deviennent dans les théories modernes de la personnalité, l'homme, l'individu humain, physique ? » Les partisans de la personnalité réelle, Zittelmann, par exemple, avec sa théorie de la volonté, en arrivent à le considérer comme un superflu physique indifférent du droit ; certains partisans de la personnalité fictive, Brinz (1) avec sa théorie du bien-être l'éliminent également, le considèrent comme « la couleur dans l'étoffe » ; lui en faveur de qui le droit a été créé exclusivement, lui que les Romains avaient mis si haut. A dire le vrai, les déclamations de Giorgi nous paraissent aussi spécieuses que la critique de M. Michoud, « celui que les Romains ont exalté, dit M. Geouffre de Lapradelle (théorie des fondations) qui reproduit la critique de Giorgi pour la réfuter, c'est l'homme capable de vouloir ; ce n'est pas celui-ci que Zittelmann supprime », c'est l'homme indépendant de son vouloir, c'est l'homme en tant qu'animal.

Enfin, la critique reproche au système de Zittelmann de ne pas pouvoir expliquer la constitution des fondations. Comme nous n'avons à nous occuper ici que des principaux groupes de droit public, Etat, départements, communes, nous passerons sous silence toutes les fois d'ailleurs que nous la rencontrerons, une telle critique.

(Pour plus de détails : voir Concept et essence des soi-disant personnes juridiques, Zittelmann.)

(1) Pour plus de clarté, voir plus loin. — Brinz, *Zweckvermögen*.

CHAPITRE V

THÉORIE DE MICHLOUD. — LA VOLONTÉ LÉGALE

M. Michoud, que de précédentes études sur la responsabilité des personnes morales du Droit administratif ont amené à s'occuper du postulat de leur personnalité, a essayé de mettre un peu de clarté dans toutes ces théories allemandes et a exposé une doctrine de la personnalité réelle qui, d'une part, peut s'appliquer à tous les groupes corporatifs, et d'autre part coordonne avec quelques variantes la pensée confuse parfois des juristes allemands.

On parle dans toutes ces discussions, dit M. Michoud, de personnes, sans qu'on se soit mis d'accord au préalable sur le sens de cette première expression ; c'est manquer de méthode, car il faut commencer, comme le veut Descartes, par définir les termes dont on fait usage. Pour les spiritualistes, la personne est une « substance individuelle raisonnable de sa nature ». La définition est de saint Thomas(1). Pour les positivistes, le moi n'est qu'une synthèse de phénomènes ; pour certains même le moi est une erreur (2), un abus de langage ; à quelle opinion le juriste doit-il se rattacher : à aucune, peu lui importe que la personne existe ou non en soi, au sens philosophi-

(1) *Rationalis naturæ individua substantia.*

(2) Le Dantec, *L'individualité et l'erreur individualiste.*

que du mot. Pour lui la personne n'est qu'un agent auquel sont rapportées des abstractions particulières définies : droits ; l'important est donc de faire l'étude du contenu de ces abstractions, et non de disputer sur l'agent auquel on les rapporte. A ce point de vue particulier, le point de départ de M. Michoud se résume en 3 propositions : la personne est le sujet des droits, le sujet des droits qui n'est pas un individu humain est une personne morale, la personne morale existe lorsqu'on peut rapporter à un agent collectif les abstractions juridiques.

Donc le bénéficiaire des droits subjectifs est le moins digne objet de l'attention du théoricien, alors que le contenu de ces droits est le propre de ses études. Tout droit subjectif se présente non comme une faculté de vouloir, licite et protégée par la loi, mais comme un intérêt licite, protégé par la loi et représenté par une volonté dont le titulaire sera bénéficiaire du droit. D'après cette définition, la personnalité humaine sera considérée comme un centre d'intérêts, représentés par l'intéressé, la personnalité collective pourra être construite sur le même modèle, car alors que l'on est porté à nier l'existence de la conscience et de la volonté collective, on ne peut nier l'existence d'intérêts collectifs centralisés par la personne morale, et représentés par elle.

La démonstration de M. Michoud tient en deux parties : 1° la volonté pure n'est pas le fondement unique du droit ; 2° l'intérêt est l'élément complémentaire du droit.

Sur le premier point, M. Michoud raisonne par l'absurde : si la volonté était l'unique fondement de la personnalité, on ne saurait concevoir que le fou ou l'enfant fussent des personnes. Parler de la volonté du fou ou de l'enfant comme support de leurs droits est évidemment peu sérieux. Si bien que les théoriciens les plus

logiques de la volonté pure sont obligés de les reconnaître pour des personnes fictives, auxquelles on rapporte le bénéfice des actes de leurs représentants. En réalité, ces déshérités de la volonté sont des centres d'intérêts économiques et patrimoniaux, auxquels on donne un représentant extérieur ; c'est ce qui les rend capables d'être soustiens de droits, supports d'obligations passives et d'être notamment tenus des conséquences civiles de leur délit. Ces intérêts ne sont pas gérés par les intéressés eux-mêmes, mais par des tiers, qui sont à ce point de vue leurs représentants. Intérêt protégé par la loi, d'une part, représentation de ces intérêts d'autre part, il n'en faut pas plus pour en faire des personnes. Nous discuterons tout à l'heure ces divers points, pour l'instant nous continuerons l'exposé.

Quant à la deuxième partie de la démonstration, il est aisé de prouver que l'intérêt est l'élément complémentaire du droit et inséparable de lui. On ne peut vouloir dit M. Michoud, sans vouloir quelque chose. La volonté juridique est une volonté en acte aboutissant à une satisfaction intéressée. Le droit sanctionne des fins volontaires, il dépouille de toute sanction certaines volontés immorales ou anti-sociales. La volonté qui peut se déterminer vers le bien ou vers le mal, n'est pas à elle seule digne de la protection juridique. L'intérêt est l'élément fondamental du droit, la volonté qui le représente n'en est que l'élément complémentaire. Cette volonté n'existe pas en soi, elle n'a qu'une existence sociale.

Après cet exposé, M. Michoud examine la question d'application. Les centres d'intérêts collectifs sont nombreux, à commencer par la famille et à finir par l'Etat ; la notion d'intérêt collectif est également très répandue et hors de critique ; ce qui est le point intéressant de la

théorie, c'est la formation de cette volonté collective qui, d'ailleurs, on se le rappelle, n'existe pas dans le sens absolu du mot.

« Dans l'Etat, dit l'éminent professeur, elle se produit » spontanément, elle est un fait dont le droit est obligé » de tenir compte, tel que le lui représente la réalité. La » volonté collective s'y dégage, soit par le consentement » de tous, soit par la force ; au point de vue moral, la » première formation est assurément préférable, au » point de vue juridique, il importe peu. Il suffit que la » volonté dirigeante soit considérée comme celle du » groupe, qu'elle réussisse à s'imposer d'une manière ou » d'une autre, par la persuasion ou la contrainte du » groupe entier, c'est là le fait social qui achève la per- » sonnalité de l'Etat quand toutes les autres conditions » de son existence sont d'ailleurs réunies (1). Le droit » n'a pas ici de pouvoir d'appréciation, il ne crée rien, » il ne peut que se borner à reconnaître la personnalité » ainsi constituée, elle s'impose à lui, s'il ne veut mécon- » naître les faits, parce qu'elle a des éléments essentiels » de la personnalité juridique. »

Dans les associations forcées, il y a encore un groupement visible où se trouvent réunis les véritables intéressés. Mais l'organisation, et la volonté qui en dérivent, ne proviennent pas entièrement d'eux, elle pourra être très artificielle ; nos communes ont été longtemps gouvernées par des maires nommés par le pouvoir central et même par des conseillers municipaux que désignait le préfet. Nos départements sont encore administrés par le

(1) Existence d'intérêts collectifs et permanents du groupe. Territoire et indépendance vis-à-vis des autres souverainetés.

préfet. On ne peut soutenir sans doute que ce soit là des organisations idéales, mais du moment qu'elles existaient ou qu'elles existent encore, on devait ou on doit les considérer comme douées de personnalité, elles en présentent les deux traits : intérêt collectif et permanent, volonté organisée. Seulement ici, cette volonté est organisée par la loi, et non par les intéressés. Des deux éléments essentiels, la loi a trouvé le premier existant en dehors d'elle ; elle a *d'elle-même* constitué le second.

M. Michoud passe ensuite en revue les autres types de personne morale. Etablissements publics, d'utilité publique, fondations privées. Dans ces divers cas et contrairement à ce qui se passe pour l'Etat et les associations volontaires, la volonté est plus ou moins artificielle. (La commune et le département qui, au sens de l'auteur, ne sont que des groupements forcés, n'auraient donc pas une volonté naturelle). Non seulement le vouloir de ces groupes n'existe pas au sens métaphysique du mot, mais encore il ne lui est attribué que par le dehors. Il ne naît pas dans le groupe lui-même. Si on veut la lui attribuer légalement, sans faire violence aux faits sociaux, c'est que l'on peut présumer que le groupe lui-même y consent. Mais en somme il paraît évident qu'il y a ici une volonté légale du groupe plutôt qu'une volonté naturelle, il y a représentation du groupe, par certaines personnes sans que cette représentation s'explique par la volonté manifestée des membres du groupe. Dans tous les cas, du reste, même dans les premiers (Etat et associations volontaires), la volonté du groupe n'est jamais aux yeux de M. Michoud que celle des personnes physiques et il y a un phénomène de représentation de la personne morale. La seule différence, c'est que dans le premier cas ce phénomène se rapproche davantage de

la réalité. Quant aux rapports de la personne morale avec son représentant, ce sont les rapports de personne à organe, dans le sens de la théorie allemande, c'est-à-dire que le représentant sert à exprimer et réaliser la volonté latente de la personne morale, sans qu'il puisse être distingué d'elle. Il n'y a pas en présence deux sujets de droit, il n'en existe qu'un. L'organe n'est que le « groupe organisé ». Entre parenthèses, c'est à ce titre que la représentation corporative reste dans le domaine du droit public, sans s'identifier avec la représentation des incapables, qui demeure propre au droit privé. Dans cette dernière, en effet, il y a deux sujets de droit en présence, l'incapable et son représentant.

Telle est dans ses grandes lignes la théorie de M. Michoud. Nous n'avons pas voulu interrompre l'exposé de cette pensée, si ferme et si ingénieuse à la fois, par des critiques pourtant inévitables ; il y a lieu cependant de s'acquitter de ce devoir. La démonstration de M. Michoud, on se le rappelle, tient en deux parties, or, la première tout au moins est susceptible de discussion.

Si la volonté était l'unique fondement de la personnalité, on ne saurait concevoir, dit M. Michoud, que la volonté des incapables, du fou ou de l'enfant, pût servir de support à leur personnalité. Mais cette proposition même n'est pas d'une absolue évidence. On a d'abord objecté que la volonté de l'incapable existe, en germe chez l'enfant, viciée chez le fou, et que c'est à ce rudiment de volonté que se rattache la fragile personnalité des incapables. M. Michoud répond, il est vrai, que si leur volonté est en germe, elle devra rétroactivement disparaître si le germe n'éclôt pas ; autrement dit l'enfant mort avant majorité n'aura jamais été une personne, pas plus que le fou mort au cabanon. La fic-

tion de la rétroactivité, opposerons-nous, nous a toujours semblé suspecte, et son emploi dans le cas particulier qui nous occupe absolument abusif ; on peut admettre la fiction : *Infans conceptus*, parce qu'elle ne porte aucun préjudice à celui qu'elle vise, mais par suite d'une fiction symétrique, décider qu'un enfant de dix-huit ans n'a jamais existé, paraît bien être le comble du sophisme plutôt que l'élégance logique de la démonstration. D'ailleurs cette fiction de la rétroactivité ne saurait s'appliquer au fou ; chez celui-ci, la faculté de vouloir est simplement viciée, et par intervalles, mais elle existe par ailleurs et parfois très lucidement ; chez lui, le pouvoir d'évoquer les images déterminant tyranniquement la volonté est excessif ; la représentation des sensations est énergique, l'hallucination est fréquente, les idées s'associent plus mécaniquement et avec moins de coordination que chez l'homme sain ; mais la faculté de vouloir : la réaction de l'organisme, contre le milieu, existe et souvent même s'exaspère. C'est à raison de la direction trop énergique de la volonté vers des buts antisociaux que la loi met le fou en tutelle ; ce n'est pas à raison de l'inexistence de la volonté pure. M. Geouffre de La Pradelle dit avec infiniment de raison que le fou et l'enfant présentent dès maintenant une réflexion et une volonté, l'une naissante, l'autre malade, mais dont la faiblesse chez le premier et l'altération chez le second supposent l'existence, car on ne qualifie pas le néant.

M. Michoud concède par ailleurs que si on admet l'existence de cette volonté ce n'est pas sur elle que l'on peut fonder la personnalité de l'incapable, car de cette volonté on ne tient aucun compte. Singulier argument ; et lorsque la loi ne tient aucun compte des volontés illécites supprime-t-elle pour cela la personnalité de l'agent

auquel elles se rapportent ? Nous concluons qu'il existe une volonté rudimentaire des incapables, que c'est elle qui est le support de leur personnalité sans qu'il soit besoin de considérer ces incapables comme centres d'intérêts représentés *per extraneam personam*.

Dans la deuxième partie de sa démonstration, M. Michoud avance de plus que l'intérêt est l'élément complémentaire du droit et inséparable de lui. Certes en pratique il en est ainsi et on ne conçoit guère qu'on puisse vouloir sans vouloir quelque chose. Mais la théorie juridique ne peut cependant pas s'arrêter au contenu de chaque acte. Pour elle, un prêt de mille francs est exactement soumis à la même règle qu'un prêt de dix mille, à un degré plus élevé de l'abstraction, un acte juridique est un acte volontaire ; la notion d'intérêt personnel, d'intérêt permanent surtout, fait défaut à un très grand nombre d'actes. Les donations par exemple sont faites dans un esprit de désintéressement absolu. Si, par « intérêt » d'autre part, on entend la poursuite de fins d'ordre intellectuel et moral, on va se heurter à mille difficultés. Je puis estimer qu'il y a intérêt pour moi, à ce que par exemple la France fasse œuvre colonisatrice, et je puis fonder une œuvre destinée à propager cette manière de voir ; mais ceci est appréciation subjective, je puis méconnaître mes véritables intérêts en agissant ainsi. C'est la discussion à perte de vue. Or le droit doit reposer sur quelque chose de certain. Et cette certitude est que j'ai mis ma volonté en acte pour arriver aux fins de mon œuvre, d'expansion coloniale. C'est cette volonté, si elle est licite, que la loi protégera et fera aboutir, alors même que la notion intérêt, la notion mobile sera vague, discutable, et parfois mal dégagée dans l'esprit de l'intéressé lui-même.

M. Michoud lui-même relève une objection très grave qu'on peut faire à sa théorie, c'est qu'elle supprime tous les droits naturels de la personne humaine et autorise tous les empiètements législatifs contre elle. Si, en effet, l'on fait de la volonté la souveraine du monde juridique, on est conduit à la déclarer autonome. Toute volonté licite sera le Droit, puisque le Droit est une volonté protégée par la loi. Tout ce que l'homme voudra et tentera pour améliorer ses destinées physiques et morales sera en principe pourvu de la protection légale. Au contraire, si l'on se représente l'homme comme centre d'intérêts, les principes sont renversés. Nul intérêt ne sera licite, si la loi ne l'a expressément admis ; l'activité de l'homme devra toujours se renfermer dans le cercle des intérêts dont la loi permet la recherche. L'objection est grave et M. Michoud ne la présente que pour la réfuter. Car si l'on peut craindre que l'Etat dans son système ne réglemente très étroitement les intérêts dont la personne est le centre, on peut tout aussi bien craindre que l'Etat, dans le système de la volonté autonome, ne soit très rigoureux sur les conditions d'ordre public et l'exercice de cette volonté. Mais tout en convenant que dans l'un comme dans l'autre système la personne est soumise à l'arbitraire pur de la loi, observons du moins que dans la théorie de l'autonomie de la volonté elle est en principe et de l'aveu même de l'Etat qui la réglemente, souveraine, ce qui permet de toujours contester l'opportunité des restrictions qu'on lui impose ; tandis que dans le système de M. Michoud, la personne n'est rien que ce que veut bien lui permettre d'être l'Etat souverain.

Nous nous élevons également contre les distinctions que fait M. Michoud, entre l'Etat, d'une part, les départements et les communes de l'autre ; l'Etat est représenté

comme doué d'une volonté spontanée (1), alors que la commune et le département surtout en seraient dépourvus. Pourtant la commune est une association aussi forcée que l'Etat, qui s'impose par le fait du domicile ou de la propriété. Et la volonté collective de ces petites associations, pour être réalisée par des organes plus ou moins décentralisés (maire des anciens régimes, préfets) est formulée par leurs assemblées délibérantes. Historiquement la vie communale, la volonté communale, précèdent la vie et la volonté de l'Etat. Toutes ces collectivités sont des personnes administratives au même titre, et on abandonne même peu à peu la vieille idée que les communes ne sont que des associations entre leurs habitants. La notion de collectivité remplace celle d'indivision.

Enfin, une dernière objection au système de la volonté légale : M. Michoud admet que l'Etat a plus qu'une volonté légale, mais que pour le département et la commune « la volonté ne leur est attribuée que par le dehors », elle ne naît pas dans le groupe lui-même (M. Michoud s'en explique ailleurs) (2). Elle est constituée par la volonté combinée de ses représentants ou organes se manifestant dans certaines formes. M. Mestre ne manque pas d'observer que cette notion de « volonté légale » peut en somme se ramener à celle de volonté fictive, ce qui est contradictoire avec cette opinion que « ce n'est pas la loi seule qui crée la personnalité morale ». En

(1) La volonté de l'Etat est représentée comme provenant du dedans. Que penser d'un Etat comme le Congo, sorti de toutes pièces d'un Congrès ?

(2) *De la responsabilité de l'Etat. Rev. de droit public*, 1895, p. 417.

effet, la volonté collective n'existe qu'après que la loi a organisé les volontés individuelles du groupe. La loi n'aurait rien fait sans ces volontés latentes. Elles ne pouvaient rien créer sans la loi. La volonté corporative est donc l'œuvre de la loi et ainsi cette théorie comporte cette part de « fiction nécessaire dans la vie civile ».

CHAPITRE V

THÉORIE DE M. HAURIQU. — LA SOLIDARITÉ REPRÉSENTATIVE

M. Hauriou a fait un effort vigoureux pour établir en dehors de toute connaissance positive du phénomène de la volonté collective, la réalité sociale de cette volonté et de la personnalité qui en découle.

Il y a deux notions juridiques qu'il ne faut pas confondre, celle de l'individu, celle de la personne ; tous les individus ne sont pas des personnes (esclaves), toutes les personnes ne sont pas des individus (personnalité morale). En matière de personnalité collective, il faut faire la même distinction. Il y a des individualités sociales, il y a des personnalités sociales. Historiquement, la personnalité est d'abord mixte, c'est-à-dire individuelle et sociale à la fois ; puis des débris de cette personnalité primitive naissent la personnalité individuelle et la personnalité sociale. A la première de ces étapes, la volonté collective du groupe est formulée par le chef dont la fonction sociale absorbe la personnalité individuelle.

Il incarne la volonté du groupe par suite de la solidarité qui règne dans celui-ci, solidarité qui elle-même est imposée par la dureté des circonstances extérieures, et par le fait du pouvoir. Car le pouvoir, l'autorité au moins à ses origines est un fait naturel et même inconscient. De deux hommes qui travaillent à une tâche, l'un joue souvent, et à son insu parfois le rôle de directeur, l'autre celui de dirigé sans qu'il proteste, sans même qu'il s'en aperçoive. La somme des volontés est alors ramenée à l'unité par « la solidarité représentative. »

A la deuxième de ces étapes (personnalité individuelle) les individus obtiennent du groupe ou de son chef, à moins qu'ils ne les leur arrachent, des droits propres qu'ils fixent sur leur tête ; c'est ainsi que par une lente élaboration se constitue en droit romain la personnalité du fils de famille et de l'esclave. Ce qu'on doit retenir de cette élaboration, est que l'individu humain n'est pas nécessairement une personne, et, qu'il n'est tel que parce que les conditions particulières de l'établissement du droit imposent cette conception de personnalité. En effet, à l'analyse, la volonté et l'activité extérieures de l'homme sont les seules fins que le droit puisse envisager. Or, cette volonté et cette activité qu'il suppose toujours permanentes, constantes, sont en réalité mobiles, fugaces. Le sommeil, l'ivresse, la maladie les interrompent ou les altèrent. La volonté de l'enfant se différencie de celle du vieillard, celle de l'ignorant s'oppose à celle de l'homme cultivé ; celle d'un affamé ne saurait s'assimiler à celle d'un homme satisfait de l'existence. Chacune de ces personnes a une façon différente de vouloir et d'agir. Le Droit est cependant obligé de s'en tenir à quelque chose de moyen et de faire une théorie générale de la volonté. Pour cela, il rattachera à une entité la personne

physique, l'individu, les faits très réels observés dans la vie pratique et il aura ainsi créé la personnalité humaine.

A la 3^e de ces périodes, lorsque la vie des groupements sera devenue digne de l'attention des juristes, un mécanisme de tous points semblable à celui qui fonctionnait à la première période dégagera encore une volonté unique. Par l'orientation vers un but déterminé, les volontés humaines mises en acte créent une *individualité* sociale, bien différente des individus qui la composent. Cette individualité se projette en dehors même de ses membres. Dans l'esprit des tiers qui traitent ou qui entrent en rapport avec elle, il n'y a pas de confusion possible entre le groupe et les individus. Les fournisseurs, les débiteurs ou les créanciers du groupe connaissent en général un ou deux de ses organes, et plus souvent le groupe sous son nom social, que sous le nom des organes avec lequel ils sont en rapports. L'individualité à ce moment existe d'une existence sociale. Ce n'est pas tout pour elle que d'être ainsi devenue apte à la jouissance du droit ; il lui faut encore arriver à l'exercice de sa volonté juridique. Dans ce but elle s'organise à l'intérieur et sitôt cette organisation réalisée, ses représentants exerceront les droits dont elle avait jouissance. L'individualité sociale sera devenue une personne morale réelle. Ici encore la somme des volontés particulières se résout en volonté collective par une série de phénomènes. Lorsqu'on est en présence d'un groupement fondé sur la force, c'est par la solidarité coercitive du pouvoir que se forme la volonté unitaire ; si c'est une association majoritaire, les minorités sont présumées accepter les solutions majoritaires. Leur volonté, pour être contrainte, n'en est pas moins une volonté. Car les votes peuvent se grouper de mille façons

différentes sur les diverses questions, qui se posent au groupe, et la minorité d'aujourd'hui devenir sur un autre terrain, la majorité de demain, chacun des membres de cette minorité doit donc admettre la volonté dégagée par les votes de la majorité s'il veut que l'on reconnaisse sa prépondérance éventuelle avec la même franchise. D'ailleurs, par suite du développement de la solidarité, on arrive à atténuer ces divergences, « à les fondre dans » l'Unité représentative. Il faut qu'à l'intérieur du groupe et autour d'eux dans le milieu social, il se produise » une unanimité de représentations mentales d'où jaillisse la conception des droits corporatifs. Ces représentations mentales, ne peuvent être que l'œuvre de la » solidarité représentative. Les membres de la corporation se font une idée de l'association, de son but, de ses intérêts, des droits. Sur tous ces points l'unité » représentative s'accomplit non point en vertu de l'unité de l'organisme, mais par unanimité. Les droits réélisés sont ceux voulus par l'unanimité des volontés, » fondues dans une représentation mentale unique. Dès » lors, je conçois qu'ils puissent être attribués à la personne morale unique. »

Cette volonté ainsi organisée et exprimée par les représentants est rapportée par une opération aussi légitime que celle à laquelle on a recours en matière de personnalité physique à un corps idéal, l'association, le groupe, qui lui au demeurant peut présenter autant de variétés de constitution, et autant de modalités d'existence que celles qui caractérisent l'individu humain. Ainsi cette volonté collective, incessamment modifiée, non seulement par les états de conscience successifs des individus, mais encore par les combinaisons variées de ces états de conscience entre eux, cette volonté collective, di-

sons-nous, est ramenée à quelque chose d'assez constant et d'assez ferme pour devenir sujet de règle.

Toutes ces opérations techniques, ces créations de concepts de personnes physiques et morales ont pour résultat de réaliser la fusion de l'individuel et du social. Qui dit société dit règle, organisation, cadre, hiérarchie. Or, l'individu est de sa nature, et à moins d'éducation qui est elle-même déjà une direction sociale, à la merci de chacune de ses impressions et de ses états de conscience. La mémoire elle-même, en lui représentant un fait ne le lui présente que dans ses rapports avec les associations d'idées et de sensations qui se succèdent en lui dans les temps où il se souvient. Aussi la genèse de ses actes extérieurs n'est jamais la même. De plus, quand il passe de la volition à l'acte, ce n'est pas toujours avec la même énergie qu'il réalise, ni le même but qu'il poursuit. Son activité manque d'idée directrice. Dans ces conditions l'homme serait inapte à la vie sociale, et les groupes d'hommes aussi ; il n'y aurait que des décisions de circonstance et que des actes de fantaisie si la notion de personnalité introduite dans le droit ne venait discipliner toutes ces volitions éparses en les rattachant à un même sujet et en les objectivant vers des buts juridiques.

Cette théorie nous paraît des plus satisfaisantes, elle complète admirablement l'œuvre des allemands en étudiant de près le mécanisme de la formation de la volonté collective. De plus, la base individualiste donnée à ces théories nous éloigne de ces notions de mysticisme social, d'âme corporative que M. Hauriou a vigoureusement écartées dès le début de son étude pour s'en tenir à la simple valeur sociale des phénomènes qu'il décrit. De même M. Hauriou s'est expliqué fort nettement sur la

notion d'organe, ce n'est pas un instrument purement passif $\alpha\psi\chi\alpha$, sans âme, comme on pourrait se l'imaginer d'après ce que nous savons de nos organes individuels, mais ce ne sont pas non plus des représentants au sens usuel du mot, car il n'y a pas dualité entre eux et leur groupe, mais unité et fusion. Ce sont des « représentants réels. »

Néanmoins la critique reproche à M. Hauriou certaines de ses conclusions (1). Les groupements politiques, Etat, commune, réalisent difficilement la fusion des volontés des minorités. Du moment qu'on est obligé de les contraindre, il semble bizarre de parler de volonté collective. Quant à trouver le motif de leur adhésion dans leur espérance de voir la majorité d'aujourd'hui devenue la minorité de demain se plier aux nouvelles décisions prises, c'est faire Etat d'un de ces arguments théoriques chers à Rousseau et démentis par la pratique, car, en fait, les majorités se maintiennent longtemps au pouvoir, et la constitution en partis disciplinés ayant leurs programmes empêche ces combinaisons multiforme des votes émis. En second lieu la fusion des volontés par un phénomène de solidarité a lieu dans un très grand nombre de rapports juridiques, dont les bénéficiaires collectifs ne sont point érigés en personnes morales (co-propriétaires, masse des créanciers d'une faillite, époux communs en bien, etc.). En dernier lieu, la théorie ne peut s'appliquer aux fondations qu'à la condition de transformer les bénéficiaires en représentés. Ce qui est fort peu admissible.

Nous ne réfuterons point cette dernière critique car

(1) Michoud, *op. cit.*

la question des fondations ne nous intéresse pas ; quant à l'argument tiré du refus d'adhésion des minorités, il nous paraît peu concluant. Lorsqu'un corps quelconque, association volontaire ou groupement forcé, prend une décision pénible pour une minorité, il n'y a pour celle-ci que trois partis à choisir. Ou s'exiler du groupe, auquel cas la question est tranchée ; ou accepter bon gré mal gré la décision ; ou encourir l'action coercitive du groupe. De ces trois partis le second seul nous intéresse et c'est celui qui en fait se présente le plus souvent ; mais en agissant ainsi, la minorité fait un acte volontaire. Elle pourrait se refuser à obéir à condition d'endurer la peine qui s'attache à la violation de la décision collective ; elle préfère la respecter : *Coacta voluntas nihilominus voluntas*. « Cette application de la force constitue sans » doute une violence, mais si la violence vicie le con- » sentement, elle ne le détruit pas. Il y a longtemps » que l'analyse juridique a fixé ce point et a dit *coac-* » » *tus, volui*. L'unanimité obtenue par le procédé majori- » taire est donc une unanimité, quoique imparfaite. Mais » justement la preuve que l'on désire s'acheminer vers » l'unanimité véritable des représentations, ce sont tous » les perfectionnements des scrutins et spécialement la » représentation proportionnelle qui tendent à limiter la » violence. (1)

Quant à la seconde objection, M. Hauriou la reconnaît comme mieux fondée, mais dit-il, « dans toute théorie il y a des limites où elle n'est plus applicable. » L'essentiel est qu'elle cadre avec les faits les plus importants. En particulier, la théorie de M. Michoud, et de beau-

(1) Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*.

coup d'autres, n'est pas exempte de ces limites. Toutefois il y a abus à prétendre conférer au nom de la solidarité représentative la personnalité des groupes tels que par exemple la société conjugale. Et la meilleure preuve qu'on puisse en donner, c'est que la loi organise un système susceptible de fonctionner même au sein d'un ménage désuni ; ce groupement particulier et ceux que signale à sa suite M. Michoud, « reposent sur d'autres réalités que la fusion des volontés. » (1)

(1) Les citations de ces deux pages sont empruntées à une note de M. Hauriou, qui a bien voulu fixer sur ce point les inductions que nous avons tirées de son œuvre.

DEUXIÈME PARTIE

DOCTRINE DE LA PERSONNALITÉ FICTIVE

Avec la théorie de M. Hauriou nous avons achevé de passer en revue la plupart des constructions doctrinales tendant à admettre la personnalité réelle des corps collectifs et en particulier celle de l'Etat, des Départements et des communes. Mais notre tâche n'est pas pour cela achevée et il nous reste à examiner un certain nombre de théories déniaut à tout groupe la personnalité. Il nous faut en un mot exposer la doctrine traditionnelle.

Cette doctrine purement individualiste, ne faisant aucun cas des groupements et analysant, avec la sûreté et la méthode de l'esprit classique, les corps collectifs, les résout inexorablement en unités individuelles. A chacune de celles-ci elle reconnaît la souveraineté juridique et ne conçoit pas le droit dont chacun de ces individus ne seraient pas les sujets. On ne peut trouver dans la corporation, dans l'Etat, que la somme des volontés individuelles qui, en vertu d'une fiction juridique seront regardées comme la volonté du groupe lui-même. Le groupe en réalité n'a donc pas de volonté. Le droit seul pour simplifier ses rapports avec les tiers lui en assigne une,

et encore est-ce plutôt en considération des intérêts de ces tiers qu'en faveur de la communauté tout idéale que la fiction de la personnalité morale est créée. L'Etat en cette matière réalise la fiction juridique. Il décide si le groupe doit ou non être élevé au rang de personne. Seul il a qualité et compétence pour apporter à l'ordre naturel des faits une si grave dérogation, pour créer à côté de l'homme qui porte en lui le signe de sa personnalité juridique, des entités immatérielles ayant capacité de droit.

Cette doctrine est empruntée aux Romains. Ce peuple, profondément réaliste, incapable de rattacher des actes juridiques à un sujet qui ne fût pas matériel et tangible, n'avait admis la personnalité que pour la facilité des rapports juridiques : *ne cogereetur emptor, cum multis litigare*. Dans son langage très précis, où chaque mot a une valeur technique propre et où les longues phrases ne sont employées que pour analyser les rapports complexes, il disait en trois mots que le groupe « se comporte comme une personne, joue le rôle d'une personne », *personæ vice fungitur*. Mais ce n'est là qu'une fiction, qu'une convention du même genre que celles qui s'imposent aux spectateurs à la vue du masque immobile de l'acteur antique, pas plus que l'acteur Roscius n'est Agamemnon, pas plus que le groupe n'est une personne.

C'est dans le même esprit, que la tradition du moyen âge interdisait à tout groupement non revêtu de l'autorisation publique l'exercice des droits. La royauté française en dépit de la responsabilité délictuelle qu'elle imposait aux groupes tenait pour certain que leur existence était fictive et dépendait du consentement royal ;

mais comme le remarque Tocqueville (1), en détruisant toutes les organisations intermédiaires entre elles et ses sujets, en surveillant étroitement ces groupes, ces corporations si vivantes et si puissantes au moyen-âge, la royauté préparait dans l'ordre politique et dans l'ordre civil, l'expansion d'un individualisme puissant. Ce fut le propre de Rousseau et des lois révolutionnaires de cuirasser de toutes pièces l'individu pour la lutte sociale et de lui donner pour armes les droits privés et publics qui lui avaient manqué jusqu'alors. Mais ce fut aussi une précaution nécessaire contre la reconstitution de l'ancien ordre de choses sous les apparences du droit corporatif, que de soumettre les groupes à une discipline rigoureuse, à la surveillance de l'autorité, et à continuer de leur dénier, conformément à la tradition, la personnalité morale.

Mais un régime fondé sur la tradition pure ne pouvait convenir à l'esprit théorique révolutionnaire ; il fallait appuyer ce régime sur des constructions doctrinales et ce fut le succès de l'école de Savigny de fournir la base sur laquelle s'appuya pendant tout un demi-siècle la jurisprudence et la doctrine française.

(1) Tocqueville. — Il semble que tous les hommes qui y vivent (dans la France de l'ancien régime) soient exactement semblables les uns aux autres. Cependant, au milieu de cette foule uniforme s'élèvent encore une multitude prodigieuse de petites barrières qui la divisent en un grand nombre de parties. J'imagine toutes ces petites barrières renversées par ce grand ébranlement lui-même, j'aperçois aussitôt un corps social plus compact et plus homogène qu'aucun de ceux qu'on avait jamais vus dans le monde.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DE SAVIGNY

Dans son « système de Droit romain », paru en 1840, à une époque où le droit de Justinien était encore législation pratique pour l'Allemagne, Savigny établit avec force le caractère fictif de la personnalité morale : Et d'abord au point de vue historique on ne saurait dénier le caractère fictif de la personnalité. Le génie romain a su employer la fiction pour démêler pratiquement la complication qui résultait de ses principes primitifs, mais il ne s'est jamais pris à son propre piège, et la personnalité morale n'a jamais été admise que sous caution d'interprétation étroite. L'autorisation du prince est nécessaire pour créer de toutes pièces une personnalité nouvelle. Quant au droit moderne, à la législation abstraite, elle doit accepter la solution romaine : en effet, la notion de droit est incomplète si on ne construit à côté d'elle celle de « sujet de droit ». Le droit ne vaut qu'exercé par un sujet qui en bénéficie. Or, l'homme seul est capable d'être ce sujet : « l'homme par le seul fait de son apparition corporelle proclame son titre à la capacité du droit ». Ce signe visible manque pour tout autre. Comment concilier dès lors l'existence de patrimoines collectifs avec cette notion de l'homme seul sujet de droit. La méthode juridique ne connaît qu'un procédé d'identification des contradictoires, c'est la fiction.

On verra donc qu'il existe une personne abstraite qui sera sujette des droits collectifs.

Ces personnes abstraites se composent de deux groupes principaux, les premières, réunies dans l'ancien droit romain, sous le nom d'*Universitates personarum* sont des associations de personnes ; en cas d'extinction, leurs biens sont partagés entre les personnes existant au moment du partage ; les secondes (les *Universitates bonorum*, ce sont les fondations. Lorsque la fondation est dissoute les biens continuent d'être affectés à l'usage auquel les biens étaient destinés (hôpitaux, etc.). Quant aux groupes à caractères politiques et à l'Etat lui-même on controverse la question de savoir dans quelle catégorie il faut les ranger. Ce sont des groupes mixtes, des associations de personnes poursuivant un but politique. Par ailleurs l'Etat au moins doit être considéré comme une personne morale nécessaire.

Les conséquences de cette doctrine devaient être considérables. La théorie de Savigny devait, d'une part, par sa simplicité et son caractère adéquat à l'état de choses créé par la Révolution, s'imposer à tous les juristes français ; elle devait, d'autre part, en précisant la doctrine de la fiction, mieux que ne l'avaient fait les théoriciens du moyen âge et de la royauté absolue, appeler bientôt la critique qui n'aurait pu prendre sur une théorie plus flottante. L'étude des fondations, « ces personnes morales sans apparence visible et ne reposant que sur la fin générale qui leur est assignée », démontrait fort nettement leur caractère fictif. D'autre part, l'étude des *Universitates personarum*, leur identification historique et théorique avec les fondations, aboutissait à les regarder par raison d'analogie comme aussi fictives que les fondations elles-mêmes. Enfin, l'Etat lui-même devait intervenir,

car ce n'était pas trop de sa toute puissance pour faire accepter cette notion extraordinaire d'une création de personne, et, en dehors de lui, les particuliers n'auraient rien pu imposer de semblable.

CRITIQUE. — La théorie de Savigny a été l'objet, en Allemagne même, de critiques ; d'autres juristes ont proposé des variantes. Pour Puchta, la personne morale est beaucoup moins une fiction qu'une création du Droit ; il dirait volontiers, comme le criminaliste anglais Blackstone : « La loi distingue la personne naturelle et les personnes artificielles : les premières sont celles que Dieu ou la nature a formées ; les secondes, celles que la loi a formées. » Le « Manuel de Roesler » présente à peu près la même idée ; il ne s'agit pas de feindre l'existence d'une personne morale, puisque l'on proclame seul l'homme sujet de droit : il faut créer à côté de lui une personnalité juridique. Le droit, qui crée la personnalité humaine, détermine l'heure et le jour de sa naissance et de sa mort, présume sa préexistence, peut aussi légitimement créer la personnalité juridique *in abstracto* (1).

Bohlau (2) a critiqué les conclusions de Savigny, tout

(1) Dans le même sens Laurent, C'est à tort que des corps politiques, tels que l'Etat et la commune ou les établissements d'utilité publique tels que les hospices et les bureaux de bienfaisance, ont reçu dans la doctrine le nom de personnes morales ou civiles que ne leur donne pas la loi. Jouir de quelques facilités appartenant aux hommes ne suffit pas pour mériter comme eux la qualité de personnes. Un abîme sépare les personnes physiques et les personnes morales, les unes vivent, les autres ne vivent point, les unes sont des êtres réels, les autres sont des êtres fictifs, de pures créations de la loi.

(2) *Droit subjectif et rôle des personnes.*

en respectant ses prémisses. Le patrimoine sans individu auquel on puisse en rapporter le bénéfice n'a pas un sujet fictif de droit, car il n'y a pas de sujet de droit que l'homme, et admettre un sujet fictif de droit est renverser entièrement ce principe. On traitera ce patrimoine comme s'il existait un individu capable de le représenter, c'est en cela que consistera la fiction. Ce faisant, on restera vraiment dans l'esprit de la tradition romaine, pour laquelle les personnes morales n'existent pas, même fictivement, mais jouent le rôle des personnes physiques.

On voit que la notion de personne fictive ne soulève pas moins de difficultés, et, en tous cas, exerce autant les juristes que celle de personne réelle. Toutefois, les divergences, nées de la première, tiennent à ce qu'il est fort difficile de se mettre d'accord sur une fiction, chacun se la représentant suivant son tempérament propre, alors que la variété d'opinions que suscite la deuxième tient à une interprétation différente de la réalité. M. Michoud combat avec énergie la doctrine de Savigny, de Puchta, de Roesler, de Bohlau : le Droit doit se présenter comme une explication pratique des faits. S'il admet que certains droits seront traités comme s'ils avaient un sujet individuel; s'il nous fait ce « mensonge technique », ce n'est que pour nous « avertir d'avoir à rechercher, le plus rapidement possible, un moyen plus parfait. (Ihering, *Geist...*, 1888, trad. Meulenaer.) Quels progrès juridiques la théorie de la fiction a-t-elle suggérés ? Sans doute, grâce à elle, la notion de patrimoine a été plus nettement dégagée, la faculté d'analyse y a gagné ; mais, d'autre part, des doctrines particulières, telle que celle des biens sans maîtres, des droits sans sujet, se sont introduites dans la science à son grand détriment. Et si tels

ont été les résultats du « mensonge technique », que penser de ce « mensonge en lui-même » ? Les droits du groupement seront réputés ceux d'un individu ; au lieu d'essayer d'expliquer ce phénomène remarquable du groupement, d'en faire une théorie qui servira de base au droit public, le système de la fiction supprime et le fait et ses conséquences politiques. Combien les post-glossateurs avaient été mieux avisés ; n'est-il pas regrettable d'être obligé de remonter jusqu'à eux, qui, avec le seul secours de la tradition latine, si favorable à un système fictif, savaient cependant s'en dégager en partie et dire comme Bartole : *Alia persona est populus, alia personæ singularis ipsius populi*, ou comme Lucas de Penna, établissant entre le groupe et l'homme des rapports d'identité : « Le fisc est à la République ce que la Bourse est au patrimoine. »

Mais ce ne sont pas là les seules critiques. La loi ne peut supprimer des rapports de droit existants, elle peut prétendre les ignorer, ou les déclarer, au contraire, subversifs de l'ordre public, mais son vrai devoir est de chercher à les organiser. La loi doit reconnaître le sujet de droit licite qui, dans la pensée de ses membres, a des biens et des intérêts distincts de ceux des individus pris *ut singuli* ; s'y refuser, c'est vraiment faire appel à la fiction, c'est faire comme l'autruche qui se bouche les yeux pour ne point voir.

Le système de la fiction est d'ailleurs dans la pratique fort discutable. Son principal résultat est de faire traiter les membres du groupe comme des tiers. Or, il est certain que des rapports de droit plus intimes relient la personne fictive à ses membres. Aussi, la jurisprudence, même avec la doctrine de la personnalité fictive, a-t-elle dû faire souvent échec à la logique sur ce point. Et d'ail-

leurs, en droit public, il sera impossible de se rendre compte des rapports de l'individu et de l'Etat si on les considère comme des étrangers l'un par rapport à l'autre. On sera notamment conduit, et ceci pour être conforme au droit naturel n'est pas moins choquant, à faire à l'étranger, même sans réciprocité, une situation égale à celle du national.

CRITIQUE DE M. MESTRE. — Après M. Michoud, c'est M. Mestre qui prend à partie la théorie de Savigny et qui la met en pièces avec un évident plaisir. La fiction n'est pas une solution, c'est un moyen de solution. Lorsqu'on en arrive à identifier les contradictoires, c'est ou que le principe est faux, ou que la déduction est incorrecte par ailleurs ; « l'erreur des partisans de la théorie » de la fiction est d'une autre nature. L'homme est, » d'après eux, une personne réelle parce qu'il est un être » visible, palpable, qui tombe sous les sens. La personne » morale, au contraire, constitue un être inaccessible » aux sens : ils en concluent qu'elle ne peut exister qu'en » vertu d'une fiction. Renan avait déjà souri de ce *réa-* » *lisme grossier qui regarde comme de pures abstrac-* » *tions la nation, l'église, la cité.* N'est-il pas étrange, » en effet, de voir des spiritualistes (les partisans de la » fiction en comptent un grand nombre) nier l'existence » réelle de ce qui ne tombe pas sous les sens ? Quant à » l'argumentation tirée de la distinction des personnes » morales en *universitates bonorum et personarum*, elle » ne porte pas. » Certes, en droit romain, la personnalité était fictive, mais d'autre part les *universitates bonorum* n'existaient pas ; leur type caractéristique, la fondation s'est développée dans les premiers siècles du christia-

nisme sans rompre l'unité de la personnalité morale qui s'est depuis maintenue entière dans tout notre ancien droit à une tentative près (1). En théorie pure, les deux éléments dont la séparation fait le mérite principal du système de Savigny sont indissolublement unis ; dans tout groupement l'observateur remarque une collection d'individus unis par la communauté du but. Quant à la collation par l'Etat de la personnalité au groupe, elle n'est légitimée que dans la mesure où cet état confère la personnalité aux individus. Les individus sont aptes par nature à posséder des droits, et c'est cette aptitude, bien plus que le fait de l'intervention de l'Etat, qui fait d'eux des personnes. Or, cette aptitude est naturelle : l'homme par son action volontaire réagit sur le monde extérieur ; si ces réactions multiples se produisaient sans règles, ce serait l'état de guerre de Hobbes et toute société serait impossible. D'où la nécessité de régulariser cette action externe de l'homme « et la conception de droits subjectifs ». — « Par nature, les hommes ont une volonté et des organes, par nature ils ont un pouvoir sur les choses, par nature ils sont aptes à voir ce pouvoir limité, sanctionné, transformé en droits, à posséder par conséquent des droits, par nature ils sont des personnes. » L'Etat n'intervient que pour transformer cette aptitude en réalité. Il en est exactement de même pour les personnes morales. Le groupement est une question de fait auquel le gouvernement est étranger ; il a des intérêts propres, une volonté particulière, des organes pour la dégager. Il y a donc un pouvoir de fait plus dangereux pour l'équilibre social que le pouvoir de l'homme ; la

(1) Celle de Moyses, citée par Geouffre de Lapradelle, p. 418.

limitation de ce pouvoir, sa transformation en droit subjectif est donc possible et nécessaire. De par sa nature le groupe est donc apte à se voir conférer la personnalité, et seul l'ordre public empêchera que l'Etat ne le fasse.

Enfin, la théorie de Savigny trouvera des critiques jusque dans les auteurs des théories fictives voisines. Van den Heuvel (1), partisan du caractère irréel des groupes, dénoncera la tautologie qui est la base même de cette doctrine. « Dans ce système, dit-il, la personne morale est un être fictif, dépendant d'un autre être fictif, l'Etat ». Vraiment, dans ce système, les fictions engendrent les fictions, mieux que dans la mythologie antique. Jusqu'à quel « mensonge technique » supérieur et inconnaissable remontera-t-on pour établir l'inexistence réelle du groupe ; c'est, croyons-nous, l'argument par excellence et qui ruine définitivement la construction du grand jurisconsulte allemand.

CHAPITRE II

THÉORIE DE BRINZ. — LES BIENS-BUT. — LES DROITS SANS SUJETS

Il y a deux moyens de sortir du dilemme dans lequel sont enfermés les adversaires de la personnalité morale réelle. Ou bien déclarer mal interprété le fait de biens sans sujet, car tout bien a un sujet, et y remédier par quelque salutaire fiction ; ou bien contester ce principe

(1) *De la situation légale des associations sans but lucratif.*

même, à raison du démenti que les faits lui apportent et dire : il peut y avoir des biens sans maîtres, des droits sans sujet. Trois auteurs ont surtout présenté cette doctrine : Brinz, Bekker et Winscheid.

Il ne peut y avoir, dit Brinz, une propriété sans propriétaire, une dette sans débiteur. La propriété, « la possession, l'obligation sans une personne sur la tête de laquelle elles reposent ne peuvent pas plus s'imaginer que le « je » ou que le moi sans un « individu. » Toutes ces notions sont à l'analyse corrélatives de celle de pouvoir ou de devoir, qui, elles-mêmes, ne peuvent être conçues sans un homme auquel elles se rapportent. Lorsque donc, à côté de ces droits forcément subjectifs, le juriste découvre des rapports établis en vue d'un but, mais qui n'ont pas besoin de sujet, il créera une catégorie particulière de biens. Il faut donc distinguer deux sortes de biens : les *Personenvermogen*, ou biens qui tendent vers une personne, et le *Zweckvermogen*, bien qui tend vers un but. C'est le seul procédé légitime, car créer, à côté de la personnalité humaine, un autre genre de personnalité, c'est à la fois faire violence à l'histoire et prendre le mot pour la chose. En effet, les Romains, qui ont parlé les premiers d'*Universitas* en face du problème qui nous occupe, ne le résolvent pas en créant une deuxième catégorie de personnes ; ils se bornent à dire que certaines choses, objets de droit, ne sont cependant à personne, sont *res nullius*. « Les modifications que les modernes ont apportées à ce concept ne constituent aucun progrès car déclarer que l'Etat et les communes sont des personnes, cela est bien permis à la fantaisie mais non à la science. » Les modernes n'ont fait qu'introduire en somme dans le langage juridique une métaphore populaire, et, pour s'en justifier, ils ont inventé le

soi-disant principe qu'il n'y a pas de biens ni de droits sans sujets. Sur ce terrain ils ne pouvaient qu'être conduits à la fiction de la personnalité morale. Toutes ces théories sont vaines qui ne tiennent point compte de ce fait très simple que certains biens peuvent soit appartenir à une personne *pertinere ad aliquem*, soit être destinés à un but, *pertinere ad aliquid*.

Bekker considère moins les diverses catégories de biens collectifs ou individuels que la façon dont le bénéficiaire se comporte vis-à-vis d'un bien quelconque. La propriété parfaite suppose, d'une part, l'administration de la chose par le propriétaire, *Genuss*, et, d'autre part, la jouissance de cette même chose par le même sujet, *Verfügung*. Or, dans la mesure où ils procurent des jouissances, les biens peuvent avoir des sujets possesseurs autres que l'homme ; ainsi, des objets de consommation peuvent être mis à la disposition des animaux, des jouets à la disposition d'un enfant, d'autres biens peuvent être affectés à un incapable (fou), à une ville, à un service public, même à un objet inerte (entretien d'une tombe). Ces diverses entités juridiques mises en rapport avec des biens ne sont pas des personnes ; mais sont certainement des personnes celles qui ont l'administration, la disposition de ces biens. Quant à feindre qu'il puisse exister à côté d'elles une classe de personnes imaginaires, c'est adopter une méthode propre à l'enfance du droit et indigne de l'esprit scientifique et de la précision modernes.

Winscheid, auquel Zittelmann a emprunté son principe de l'unité dans la pluralité, pour conclure à la réalité de la personne morale, doit cependant, dit M. Mestre, être rangé parmi les partisans de la théorie de la fiction. Bien qu'il soit des moins précis sur la question de savoir

si un groupe peut se voir imputer une faute, il n'en a pas moins élaboré une doctrine des biens collectifs, qui doit le faire ranger parmi les théoriciens des droits sans sujet. La tendance de l'esprit humain est de personnaliser tout ce qui l'entoure, et d'unir dans une même synthèse psychologique les éléments qui tendent à un but commun. Cette synthèse est-elle légitime ? Y a-t-il un véritable titulaire des droits collectivement exercés ? Non, ces droits sont sans sujet réel. Car le droit n'est pas une simple volonté en exercice, il est plutôt un pouvoir de vouloir ou bien on peut vouloir pour soi, et, dans ce cas, le droit a un sujet véritable, ou bien on peut, et aussi légitimement, vouloir pour autrui, et, dans ce cas, le droit naît au profit d'une quasi-personne, qui n'est cependant pas sujette du droit. Il y a donc des droits sans sujet ; il n'y a pas de personnalité morale. Lorsqu'un prétendu organe de cette quasi-personne accomplit un acte juridique, il se borne à être le moyen par lequel sont exercés les droits tendant à la réalisation de fins sociales.

CRITIQUE. — Les constructions des divers auteurs dont nous venons de résumer la doctrine se heurtent toutes à cette grave objection, qu'on ne peut admettre l'existence de droit sans sujet. La notion de droit est secondaire, la notion de sujet de droit est primordiale. Vouloir établir celle-là en dehors de celle-ci est véritablement vouloir faire entrer le contenant dans le contenu. C'est à raison de l'activité humaine et des conflits des diverses activités que s'impose la notion de droit. Otez l'homme, ou la volonté humaine, et le droit s'évanouit et devient inutile. M. Michoud, dont le système est que la personnalité se présente surtout comme un centre d'intérêts,

fait valoir de son côté qu'en supprimant le sujet, on supprime l'intérêt qu'il peut avoir à être reconnu personne. Enfin, sacrifier la personne même au but, est, dit-il, si l'on n'y prend garde, s'avancer sur la route du collectivisme. En mettant au premier plan une idée de personnalité, on peut arrêter la trop grande énergie de l'action sociale en la rappelant au respect de cette personnalité. En mettant, au contraire, en avant une notion de finalité, on rend légitime l'asservissement de toutes les libertés, de toute l'individualité, au profit du but à poursuivre. Les membres de l'organisme sont sacrifiés sans pitié à l'accomplissement méthodique et étroit de la fonction organique (1).

CHAPITRE III

THÉORIE DE VAN DEL HEUVEL

Pour sortir des difficultés et même des subtilités qu'engendre la méconnaissance de la réalité de la personne morale, pour interpréter exactement, sans l'aide de fiction, sans contrevenir au principe que nul droit ne peut exister sans sujet auquel il se rapporte, il suffit de considérer dans le groupement les membres du groupe et de les considérer individuellement comme titulaires des

(1) Exemple : le service militaire, dans lequel l'importance du but à poursuivre pèse d'un poids si lourd sur la personnalité du soldat,

biens collectifs. « On parle, dit M. Van den Heuvel, de personnes morales, oubliant que Dieu seul a le pouvoir de faire sortir du néant ces personnalités qu'il lui plaît de créer. » On met sur le même rang la toute puissance créatrice et une fiction juridique ; en réalité, toutes les personnes morales, y compris l'Etat, sont des associations, et les biens de ces personnes n'ont d'autres titulaires que les associés. Pour démontrer que l'intervention d'une fiction est inutile, il suffit d'observer que les modalités particulières du droit d'association, sur lesquelles on se base pour déclarer qu'il y a non pas association, mais personne morale, se justifient par des considérations absolument étrangères à toute idée de personnalité. Ainsi, en matière de sociétés commerciales, les créanciers sociaux ont pour gage le patrimoine social, alors que les créanciers individuels n'ont pas d'action sur ce patrimoine. Les partisans de la personnalité civile en déduisent que la loi a voulu organiser au profit de l'association un véritable droit collectif. Or, en raisonnant ainsi, ils se trompent ; la loi a simplement introduit ici une notion familière au juriste, c'est celle de la séparation des patrimoines. Chacun des associés, en ce qui le concerne, et sans qu'il y ait là une ombre de personnalité, peut licitement déclarer que telle partie de son patrimoine sera constituée en gage spécial. S'il organise une publicité suffisante autour de cette décision, elle s'impose aux tiers, et voilà réduite à une simple affectation de gage le prétendu droit collectif. Une autre particularité des sociétés de commerce, à raison de laquelle on a cru nécessaire d'admettre leur personnalité, est le caractère mobilier du droit des associés sur les choses sociales. Sont meubles les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, commerce ou industrie (Code

civil, art. 529). Si les actions, intérêts, etc., étaient, en effet, immeubles à raison du caractère immobilier des biens sur lesquels elles portent, les associés ne pourraient en être réputés créanciers, le droit de créance étant essentiellement mobilier. Ils en seraient donc propriétaires ; mais s'ils en étaient propriétaires, il n'y aurait plus de patrimoine social et de personne juridique. « Si c'est la personne juridique qui possède, les droits des associés dans la société ne peuvent s'analyser qu'en une créance contre la personne morale. » (1) Ce raisonnement est aussi spécieux que juridique. Si l'on se rapporte aux travaux préparatoires, on verra aisément que Treilhard disait pour justifier la solution de l'article 529 : « Il est nécessaire de conserver aux actions leur qualité de mobilières parce qu'il importe de faciliter leur circulation. » C'est donc simplement pour donner au crédit des sociétés de commerce toute la souplesse désirable, et non point pour créer de toutes pièces une théorie de la personnalité morale, que le législateur a introduit dans notre droit la règle de l'article 529. On a voulu, pour parler comme Van den Heuvel lui-même, accorder aux sociétés de commerce « un privilège permettant d'user en faveur de certains droits immobiliers de toutes les simplifications et de toutes les libertés que la loi reconnaît pour la transmission et la gestion des droits mobiliers ». Enfin, une dernière particularité des sociétés à prétendue personnalité morale, c'est que (Code de procédure civile, article 69, 6°) la société de commerce peut être assignée en sa maison sociale ; c'est donc qu'elle est

(1) Massot, *Construction du Code civil en matière de société*.

une personne représentant les intérêts de tous les associés. Cette dérogation à la règle traditionnelle que « nul ne plaide par procureur », fonde la personnalité morale des sociétés. Erreur encore, soutient Van den Heuvel. On a dérogé à la règle parce que la règle est des plus mal fondées, et qu'on avait là une excellente occasion de s'en départir. Pourquoi en théorie ne pourrait-on user de la représentation en justice, pourquoi exiger toujours le concours du représentant et du représenté ; c'est d'autant plus déraisonnable que le ministère de l'avoué est en principe obligatoire. La jurisprudence l'a bien compris avec son sens pratique, puisqu'elle a décidé que la règle « nul ne plaide par procureur » n'était pas d'ordre public, que l'on peut y renoncer par avance, et qu'est valable la disposition du statut social qui autorise un des associés à agir en justice.

En résumé, de toute cette discussion, il résulte que la personnalité civile, « c'est la réunion de quelques privilèges particuliers, de quelques rares dérogations aux principes généraux et usuels du droit positif actuel... En reconnaissant des droits à la volonté collective, on ne fait pas autre chose que reconnaître et régler les droits de diverses volontés individuelles. »

On a déjà fait remarquer qu'une pareille théorie, qui souffre discussion au point de vue civil, est inadmissible en droit public. Il faudrait pourtant, en matière de personnalité morale, trouver quelque chose d'explicable dans ces deux domaines. La conséquence directe de la doctrine de Van den Heuvel est que les biens de l'Etat et de la commune sont des copropriétés régies par des règles spéciales. Un des premiers dangers que présente cette conception doctrinale, c'est qu'elle justifie le partage des biens ainsi détenus. Or, ce partage a pour con-

séquence évidente de priver les générations à venir de la jouissance collective, en résolvant au profit de quelques privilégiés le domaine du groupe. Et ce danger même écarté, il est clair que les privilèges particuliers auxquels se réduisent, suivant M. Van den Heuvel, la personnalité morale, ne peuvent être conférés aux personnes du droit public. Celles-ci sont des personnes morales nécessaires; il n'y a pas de liberté de convention qui les autorise par exemple à instituer cette prétendue séparation des patrimoines, ingénieusement substituée à la conception corporative. Cette idée paraît extraordinaire à M. Michoud. Que dire, s'écrie-t-il d'une théorie qui considère l'Etat comme un gigantesque contrat d'association, dans lequel les particuliers ont mis certains biens en commun, en soumettant ces biens à un régime spécial qui les soustrait à l'action de leurs créanciers. A dire le vrai, M. Van den Heuvel escamote ce qui est l'essence même du droit public, la notion d'autorité, le principe de souveraineté. C'est à raison de l'imperium nécessaire dans toute collectivité, et pour l'accomplissement des fins, que cette collectivité se propose d'atteindre, que les organes de l'Etat lui constituent, au détriment des particuliers, un domaine et un patrimoine (impôts, domanialité, etc.) ; l'impôt globalement est certes consenti, mais la contribution personnelle de chaque citoyen est plutôt recouvrée en vertu du fonctionnement de la puissance publique.

DOCTRINES SUBSIDIAIRES. — MM. de Vareilles-Sommières et Planiol se sont faits, en France, les interprètes ingénieux de la doctrine de Van den Heuvel ; M. de Vareilles-Sommières dit notamment dans son ouvrage : *Du contrat d'association* : « Une société n'est pas plus une

personne de fait qu'une personne de droit, elle n'est personne. Il n'y a rien autre chose que les associés ; il suffit d'ouvrir les yeux pour le voir. » Même réduit aux simples ressources des textes français, l'interprète peut arriver à cette conclusion. En effet, le contrat d'association, qui n'a pas encore été l'objet de l'attention du législateur, doit s'interpréter par les règles du contrat le plus voisin, c'est-à-dire celui de la société. Or, dans ce dernier cas, les associés, les sociétaires ne sauraient constituer un patrimoine sur lequel ils s'interdisent toute action individuelle ; en effet, il est raisonnable d'admettre que les actes des hommes ne tendent pas à diminuer leur capacité juridique (1). S'ils s'associent, ce n'est donc point pour ôter certains biens de leur sphère propre d'influence, c'est plutôt vraisemblablement pour donner à leur activité une plus grande extension. Les biens sont donc possédés à titre indivis, non à titre collectif ; il n'y a pas d'autres sujets de droit que les titulaires, il n'y a pas de personne morale.

M. Planiol voit dans la personne morale l'étiquette sous laquelle le législateur individualiste a placé les patrimoines collectifs. Les biens dont l'homme fait usage peuvent tantôt être appropriés privativement, tantôt faire l'objet d'une jouissance communautaire ; il est indispensable à la paix sociale qu'il existe une propriété collective, que tous les biens ne soient pas individualisés ; la personne morale conserve ces patrimoines collectifs in-

(1) Il suit de là en particulier que l'association peut posséder, puisque chacun de ses membres est apte à la possession. « Les associations peuvent posséder, même si elles n'ont pas la personnalité civile. Si elles l'ont, et elles ne l'ont qu'à titre de fiction, c'est pour elle un utile ornement. »

dispensables. « Les personnes morales sont moins des personnes que des moyens dont se servent les personnes véritables. On devrait les considérer comme des patrimoines sans propriétaires actuels et pourvus seulement de gérants pendant leur durée, et d'ayants droit éventuels en vue de leur liquidation. Il y aurait sans doute une thèse intéressante à soutenir sur *l'inexistence des prétendues personnes morales et sur leur réduction à l'état de simples masses de biens.* » Cependant, au sein de ces masses de biens une division s'opère : ne sont véritablement ayants droit éventuels à la liquidation que les membres des associations dues à l'initiative privée et que l'Etat se borne à administrer. C'est par ce point de vue que M. Planiol se rapproche de MM. Van den Heuvel et de Vareilles-Sommières ; mais il se garde de soutenir que toutes les associations doivent suivre ce régime et en excepte notamment les groupements de droit public. En effet, à côté des associations dues à l'initiative privée et que l'Etat se borne à administrer, l'analyse découvre des associations qui ont une origine publique et qui sont des créations de l'Etat. Douées de ressources propres, elles se présentent comme des rouages de l'administration publique détachés de la machine gouvernementale. Lorsque l'Etat les supprime il en reprend nécessairement le patrimoine par l'effet d'une réversion naturelle. Mais ses prétentions doivent être écartées à l'égard des associations dues à l'initiative privée : lorsque de telles associations se dissolvent « les biens qui forment fictivement le patrimoine de la personne morale deviennent, d'une façon toute naturelle, indivis entre ses membres. Il n'y a pas là place, ni pour le droit de l'Etat, ni surtout pour un droit successoral. Les membres de l'association liquident et partagent les biens,

» ils en disposent comme d'une chose leur appartenant,
» sans que l'on puisse parler de dévolution héréditaire.
» Les biens de l'association appartiennent à ses membres
» en leur qualité d'associés car tel est le seul titre juridi-
» que qui leur convienne, et ils sont libres d'en faire ce
» qu'ils veulent ».

M. Planiol a été rangé par nous à côté de M. de Vareil-les-Sommières et Van den Heuvel à cause des solutions communes qu'il présente en matière de liquidations. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'est aperçu des vices que présente la théorie de ces auteurs (notamment quand on l'applique aux personnes publiques), et qu'il a cherché à les éviter par une distinction formelle. D'autre part, l'opinion que les personnes morales sont réductibles à de simples masses de biens, et que ces biens ne sont pas dans tous les cas partageables entre les membres du groupement (puisque certains retournent en bloc à l'Etat) le sépare en quelque sorte de l'opinion qui voit dans les associés, les vrais titulaires des droits subjectifs, et le rapproche plutôt des partisans de la théorie des biens sans maîtres et des droits sans sujet (Brinz, Bekker et Windscheid). Néanmoins à raison du caractère mixte de sa doctrine et, comme il se recommande de M. Van den Heuvel, nous avons cru devoir présenter sa théorie comme un succédané de celle du jurisconsulte belge (1).

CRITIQUE. — Nous nous sommes déjà expliqué (*vide supra*) sur la théorie de M. Van den Heuvel; nous ne pouvons qu'appliquer notre critique aux solutions de MM.

(1) Planiol, *Cours de droit civil*, et noté sous Paris, 2 juin 1893. Dalloz, 93-2-513.

de Vareilles-Sommières et Planiol qui s'inspirent de la doctrine belge. Quant à la présomption, mise en avant par M. de Vareilles-Sommières que l'on ne saurait vouloir diminuer sa capacité par l'exercice de l'association, elle nous paraît sujette à une respectueuse critique. Il est certain que le but que l'on poursuit est, en s'associant, d'augmenter l'activité humaine dans un cercle déterminé ; mais, c'est au profit du but collectif et non des intérêts privés que se manifeste cette expansion supplémentaire de l'énergie humaine. En telle sorte qu'on peut dire qu'on a bien voulu augmenter la capacité du groupe en tant que groupe, mais qu'on exagère en disant qu'on a voulu augmenter la capacité propre de l'individu. Si l'on prétend, du moins, qu'on a voulu simplement ne pas la diminuer, on se heurte à l'expérience acquise : on sait que les œuvres vivent par le désintéressement et les efforts de chacun des membres. Tout capital, tout travail que l'on dépense au profit du groupe, on le retranche de son patrimoine, on renonce à l'utiliser pour soi. C'est par ce que l'individu s'ôte à lui-même que vit le groupe. Cela étant posé ne voit-on pas que si la capacité du groupe augmente, il est évident que c'est au détriment de ses membres, et qu'il est parfaitement conforme à la nature des choses, à ce qui, *plerumque fit*, de dire que les hommes en se groupant ont entendu diminuer leur aptitude juridique, si cette diminution de capacité est nécessaire à la poursuite du but collectif ; or, il semble bien qu'elle est nécessaire. Si à tout instant un associé peut se retirer de l'œuvre, reprendre sa part en nature, en tant que propriétaire, cette faculté ne vouera-t-elle pas l'œuvre entreprise à une désorganisation systématique et de tous les instants ? Il faut qu'en cas de défaillance individuelle, les biens de l'Universitas lui restent propres, et

qu'il n'y ait contre elle que la créance de leur membre d'un jour. Sinon, il faut déclarer que les hommes n'ont pas à poursuivre de buts collectifs.

Quant à M. Planiol, sa doctrine de la personne morale souffre trois critiques principales. La première est qu'on ne voit pas très bien pourquoi on ferait une théorie différente de la personne morale publique et des associations privées ; le mérite d'une théorie étant d'être la plus cohésive possible, et l'idéal de ce genre étant une doctrine capable d'embrasser l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics et d'utilité publique, les sociétés commerciales et civiles, les fondations.

La seconde est que, si l'on considère, d'une part, les associations « qui ont une origine publique et qui sont des créations de l'Etat » comme une simple masse de biens réversibles à leur créateur, on tombe dans la doctrine des droits sans sujet, et on s'expose à toutes les critiques dirigées contre elles.

La dernière est que si l'on considère, d'autre part, les associations qui sont dues à l'initiative privée et que l'Etat se borne à administrer, comme des masses de biens, dont les véritables propriétaires sont les membres du groupe, on évite les difficultés de la doctrine des droits sans sujet, mais l'on tombe dans celles que l'on reproche ailleurs à M. Van den Heuvel.

CHAPITRE IV

THÉORIE DE IHERING. — LES DESTINATAIRES

Il ne nous reste plus pour être complet qu'à exposer une dernière théorie de la personnalité due à un maître de la pensée juridique : « Le sujet véritable du droit, dit Ihering, est l'individu qui en retire bénéfice. La personne juridique ne peut avoir de droits que là où ils atteignent leur destination ; une personne qui ne recueille pas l'utilité matérielle du droit n'est qu'une chimère, si elle n'est du moins un masque sous le couvert duquel le véritable sujet de droit se dissimule. On est conduit à cette conséquence par le jeu de deux principes qu'Ihering tient tous deux pour axiomatiques. D'une part, il n'y a pas de droits sans sujets ; d'autre part, il n'y a de véritables sujets de droits que les êtres réels ; la personne morale n'est pas un être réel, elle n'est donc pas le sujet du droit, si ce n'est pas elle, c'est un autre : soit les membres du groupe, soit les destinataires des fondations, mais ces titulaires, ces sujets « *inhaber* » du droit ne sont pas d'avance connus ; parfois même ils ne sont ni conçus, ni même venus au monde, une indétermination complète pèse sur leur destinée future. Pour résoudre provisoirement cet inconnu, il faut attribuer à un substrat, à un porteur « *Traeger* » idéal, les droits dont bénéficieront les destinataires, mais, ce faisant, il ne faut pas être dupe de l'opération. Le porteur des droits des destinataires voit ses facultés juridiques passer automatiquement sur la tête des destinataires.

res au fur et à mesure que ceux-ci se révèlent, et s'ils étaient susceptibles de tous se révéler, sans succession dans le temps, le porteur de droits disparaîtrait.

Le grand nom d'Ihering n'a pas sauvé sa théorie de la critique. Zittelmann a été le premier à signaler l'erreur maîtresse de cette doctrine. « Sous prétexte de l'expliquer, cette théorie (dit M. Mestre, rendant compte de l'appréciation de Zittelmann) supprime la personnalité morale. La notion de personne est inséparable de celle de sujet de droit ; si on démontre, ainsi que le fait Ihering, que les groupements, êtres collectifs considérés *ut universitas*, ne peuvent être titulaires de droit, la notion et le mot de personnalité deviennent inutiles. Une personne qui n'est pas capable d'être sujet de droit n'est pas une personne. » C'est oublier d'autre part, dit M. Michoud, qu'il y a dans les groupements doués d'une véritable personnalité, un intérêt collectif qui est autre chose que la somme des intérêts individuels. L'être moral est destiné à durer, ses destinataires d'un jour pourront-ils retirer toute l'utilité de son patrimoine sans rien laisser aux générations qui viendront ? Certes, Ihering dit bien que la personne morale représente ces intérêts futurs en tant que « traeger » que substrat du droit ; mais qui ne voit que si l'on n'organise pas en face des destinataires une personne capable d'opposer ses droits à ceux du destinataire, cette représentation idéale des intérêts futurs est absolument insuffisante. Pour limiter les droits des destinataires, il faut un droit supérieur. S'il existe un droit supérieur, il ne peut être sans sujet, et s'il existe un sujet de droit, la personne morale existe.

Enfin, il nous semble que la démonstration même d'Ihering peut être discutée. Elle tient tout entière dans

les rapports logiques de ces deux propositions : il n'y a pas de droit sans sujet ; et il n'y a de véritable sujet de droit que les êtres réels. Cette deuxième proposition nous semble des plus contestables, nous avons reproduit, à propos de la théorie de Savigny, cette citation de Renan qui regarde comme «un réalisme grossier» cette inaptitude à percevoir les faits très réels, pour peu qu'ils soient d'ordre psychique ou psychologique. Faire de la sensation pure, le critérium de la personnalité est peut être digne de l'esprit du droit romain primitif, mais non du plus ingénieux et du plus érudit de ses historiens.

CHAPITRE V

THÉORIE DE M. DUGUIT

« L'Etat n'est pas une personne juridique, l'Etat n'est » pas une personne souveraine. L'Etat est le produit » d'une différenciation sociale, entre les forts et les faibles dans une société donnée ». C'est par ces quelques phrases que M. Duguit, dans le tome II de son ouvrage, « L'Etat, le droit objectif et la loi positive », résume et précise la dernière doctrine subversive de la personnalité réelle de l'Etat, que nous ayons à exposer.

La thèse de M. Duguit peut s'analyser en trois idées principales : 1° la théorie des rapports entre les gouvernés et les gouvernants a été construite traditionnellement sur le modèle du mandat ; 2° on a tenté depuis d'en don-

ner une explication plus satisfaisante au moyen de la théorie organique ; 3° ni l'une ni l'autre de ces théories ne sont satisfaisantes ; tout ce que le juriste peut dire pour interpréter les faits, c'est que ces rapports sont dus à la force, sont de purs rapports de fait, et qu'ils ne deviennent rapports de droit qu'à condition de s'inspirer de la solidarité sociale. La solidarité sociale est l'interdépendance des hommes, les uns vis-à-vis des autres, dans une société donnée, elle est déterminée par la division du travail social et des fonctions sociales. Par suite de cette spécialisation, des rapports naissent ; ils se joignent aux rapports de famille, et le droit règle, par le moyen de la loi, cet ensemble de relations. Mais la loi n'est légitime qu'autant qu'elle consacre ces rapports et qu'elle les facilite ; elle n'a en elle-même aucune légitimité. Les gouvernants chargés de réaliser la loi et qui viennent au pouvoir par suite de la différence sociale des forts et des faibles, n'exercent à leur tour légitimement leur *imperium* qu'à condition d'appliquer la loi qui réalise le droit, s'ils n'appliquent pas la loi, ou s'ils en appliquent une qui soit contraire au droit, leur autorité est sans fondement et n'est qu'un pur fait, une rupture de l'équilibre de l'égalité humaine que le gouverné pourra rétablir par tout moyen quel qu'il soit. A la violence, il pourra dans ce cas opposer la violence.

1° INEXACTITUDE DE LA NOTION DE MANDAT. — M. Duguit commence à faire la critique de la notion de représentation. Etrangère au droit Romain dans lequel elle n'a pénétré que par une infiltration lente, elle finit par s'imposer dans le droit des Césars. Un instant oubliée avec la période féodale, elle reparait au XVI^e siècle quand

l'unité de l'Etat conçue à la manière romaine revivra. Bien que la notion de la souveraineté royale originaire s'opposât à ce que le roi fût conçu comme le représentant de la nation (à l'exemple de l'empereur qui se donnait pour le représentant, le magistrat du peuple), la notion contraire avait fini par triompher. Les idées de mandat et de représentation étaient, en 1789, dans tous les esprits, et cependant elles étaient, elles sont encore fausses, elles ont contre elles, non seulement leurs variations historiques, mais encore la critique de Rousseau : la volonté est la personne elle-même, elle ne peut pas s'aliéner, elle ne peut se représenter; sinon l'unité de la personne Etat est rompue. La nation titulaire de la souveraineté par droit de nature aura à son côté un corps de représentants titulaires de la même souveraineté par droit de représentation. Mais la tradition, les nécessités pratiques et l'influence de Sieyès l'emportèrent, et cette notion depuis 1791 est à la base de notre droit public, sauf une éclipse de 1815 à 1830. Actuellement, la constitution de 1875, sans s'y référer expressément, ne s'en est pas affranchie. « Cependant, en France, depuis 1870, on a facilement oublié les tendances théoriques et spéculatives de la Révolution ; on les qualifie même au Parlement, du terme dédaigneux de métaphysique politique. » Au fond, suivant M. Duguit, ce dédain est au moins justifié pour la théorie de la représentation : « Lorsque l'acte volontaire d'un individu produit effets au profit ou au détriment d'un autre, il n'est point nécessaire pour l'expliquer de recourir à la fiction de la représentation, il n'y a là qu'une conséquence de la solidarité sociale, fondement de tous les rapports sociaux et de toutes les règles de droit. Toute volonté déterminée par un but conforme au droit objectif produit un effet de droit dont profite, ou

l'individu qui l'exprimé, ou tout autre élément qu'a en vue celui qui veut, pourvu toutefois que le profit assuré à cet élément soit conforme à la règle de droit. Celui qui dit agir pour un autre ou représenter un autre n'exerce point le droit d'un autre, car ce qu'on appelle un droit ne peut être qu'un pouvoir de vouloir. On peut vouloir telle chose, soit au profit de soi-même, soit au profit d'un autre. On veut ou on ne veut pas, mais on ne peut vouloir comme si un autre voulait. L'idée de représentation est donc fausse en soi, puisqu'elle a pour point de départ une chose fausse. »

2° CRITIQUE DE LA THÉORIE ORGANIQUE. — M. Duguit passe ensuite à un deuxième point : l'insuccès de la doctrine organique (Gierke, Beseler, Jellinek) à expliquer les rapports de droit public. On sait que la collectivité étant supposée douée : 1° de conscience collective ; 2° de volonté collective, est une personne. Les individus humains qui réalisent à l'extérieur cette volonté sont des organes. Les organes ne sont pas des représentants, la représentation supposant deux sujets de droit, la théorie organique n'en concevant qu'un. Cette construction, dont M. Duguit ne conteste pas le mérite, est cependant inadmissible. D'abord, l'Etat n'est pas une personne, la conscience et la volonté collective sont des mythes. « A tort ou à raison, nous restons toujours convaincu qu'en faisant de l'Etat une personne on amoncelle fictions sur fictions, abstractions sur abstractions, « l'opinion publique n'est » ni la conscience, ni la volonté nationale. » Pour que l'opinion publique pût être construite juridiquement en la forme de la volonté nationale, il faudrait démontrer que ces idées et ces aspirations communes ne sont que

les manifestations d'une conscience une et réelle existant derrière les consciences individuelles ou au-dessus d'elles. Alors seulement il serait exact de dire que la forme juridique de cette conscience nationale révélée par la psychologie sociale est la personnalité juridique de la nation prise comme telle ; alors seulement il serait permis de considérer cette personnalité collective comme titulaire d'un droit. »

Mais, même admis le postulat de cette personnalité, comment expliquer la genèse de la volonté de l'Etat ? Est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'Etat ? Impasse de laquelle on ne peut point sortir.

« Ce n'est pas tout. Les organes directs dérivent directement de la constitution ; acceptons-le : cette constitution émane elle-même de l'Etat. Elle est une manifestation de la volonté de l'Etat ; or, pour exprimer sa volonté, il faut à l'Etat un organe ou plusieurs organes, il lui en faut au moins un. Donc, il n'est pas vrai de dire que les organes directs dérivent directement de la constitution. Ils sont créés par l'organe de l'Etat qui a compétence pour faire la constitution ; d'après la terminologie de Jellinek, ils sont des organes créés par l'organe constituant, organe créateur. Mais l'organe constituant lui-même d'où vient-il ? Organe direct, il émane de la volonté de l'Etat, il sera lui aussi un organe créé par un autre organe. Et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement primaire et direct, le premier organe de création. Nous n'apercevons que des organes créés, et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe véritablement créateur. La théorie juridico-organique le passe sous silence, et c'est là son vice irrémédiable. »

La situation est donc celle-ci : ou bien on veut résoudre

la question de l'origine de la souveraineté et on apporte la seule solution possible : l'affirmation d'un élément antérieur et supérieur à l'Etat lui-même, titulaire de la souveraineté primaire constituant l'Etat et donnant par délégation des droits de puissance aux gouvernants qu'il institue, alors tout le droit public se résume dans une théorie de la représentation et du mandat, ce qui est « inadmissible ; ou bien on accepte la doctrine juridico-organique, alors on s'enferme dans un cercle vicieux infranchissable. » — « La conclusion de tout cela s'impose, les postulats dont on part sont faux. Faux le postulat de l'Etat-personne, faux celui de la puissance droit subjectif, fausses aussi, par conséquent, les déductions qu'on y rattache. »

CRITIQUES. — Nous sommes en complet désaccord avec M. Duguit ; nous tenons que l'Etat est une personne morale réelle douée d'une conscience et d'une volonté ; nous nous sommes expliqué sur ces points en étudiant la théorie de Gierke, nous n'y revenons donc pas ; quant à la seconde objection, il nous semble que la pratique y répond parfaitement : lorsqu'une collectivité se forme, que des intérêts communs se manifestent, distincts des intérêts individuels et contraires parfois à ces intérêts, chacun des hommes du groupe prend conscience de l'intérêt collectif et dirige sa volonté vers les actes nécessités par les circonstances. La volonté collective ainsi formée et latente ne tarde pas à se réaliser par quelque incident fortuit. Un homme se lève dans le groupe et, par l'ascendant de sa parole, de sa richesse, de sa force ou par toute autre qualité, prend la décision qu'il fallait prendre. Le phénomène est tantôt isolé, tantôt au contraire

il se reproduit régulièrement et périodiquement. La répétition des actes d'obéissance crée l'habitude d'obéir. Le corps collectif a trouvé son organe.

La volonté de l'Etat est antérieure à l'organe ; la preuve, c'est que celui-ci se modifie sans cesse au cours de l'évolution sociale, alors que le groupe ne change pas, ou du moins la notion qu'il a de lui-même. La volonté de l'Etat, fait primitif et nécessaire, résultant du groupement et de la solidarité matérielle et intellectuelle, a pour résultat la constitution d'organes qui manifestent cette volonté. Ces organes naissent spontanément d'un fait de force, d'autorité, de richesse, d'élection ; le groupe les accepte, les rejette ou les modifie jusqu'à ce qu'il arrive à l'équilibre. Chacun des équilibres instables ainsi réalisés comprend pour sa durée acceptation tacite du groupe. De la famille à la tribu, de la tribu à la clientèle, de la clientèle au patriciat, du patriciat à la république, à la royauté ou à l'empire, une ou plusieurs volontés plus énergiques, mieux servies par les circonstances, s'imposent par une sorte de violence consensuelle et dégagent ou prétendent dégager la volonté du corps social.

Quant à la dernière objection, nous avouons qu'il est difficile de saisir dans la théorie juridico-organique « l'organe vraiment créateur ». C'est, il nous semble, une question du genre de celles qui angoissent la conscience humaine, celle de savoir quelle est l'origine de l'homme et quels sont les antécédents des innombrables personnalités juridiques individuelles répandues dans le monde. Quel organe supérieur a créé l'homme ? A-t-il été créé ? A-t-il évolué ? A-t-il toujours existé ou a-t-il eu un commencement ? Il appartient aux sciences autres que le droit de résoudre un tel problème. L'origine du pouvoir appartient à l'histoire, à la préhistoire peut-

être, à l'observation actuelle des rares sociétés primitives qui subsistent encore, à l'observation des sociétés animales perfectionnées. C'est par un acte primaire que le groupe se donne un organe, en général un homme puissant et fort. Il appartient à la sociologie beaucoup plus qu'à la théorie juridico-organique de satisfaire sur ce point les curiosités de M. Duguit. Pour nous, loin de croire que ce soit un vice irrémédiable, nous estimons, au contraire, que son auteur a sagement agi en s'abstenant d'affirmer et de conclure sur un terrain qui, pour le moment, est interdit au droit.

TROISIÈME PARTIE

DISCUSSION DE LA THÉORIE DE JELLENK

Nous avons ainsi achevé de passer en revue les principales doctrines qui, à notre connaissance, ont été émises sur la personnalité corporative et en particulier sur la personnalité de l'Etat, des départements et des communes. La critique que nous avons fait de la plupart d'entre elles a pu faire préjuger de nos solutions. C'est, en effet, à la théorie de la personnalité réelle que nous nous rattachons. Nous acceptons la théorie de Jellinek, agrandissement et précision de l'œuvre de Gierke, mais nous avons de plus recours à l'œuvre de M. Hauriou pour expliquer le phénomène de la formation de la volonté collective que les auteurs allemands ont passé à tort sous silence.

Nous estimons donc que les notions de personnalité physique ou morale sont des abstractions qui s'imposent au droit, mais que ces abstractions, pour être du monde purement psychique, correspondent cependant à quelque chose de réel. Et d'abord, on ne peut pas dire qu'une chose conçue par le cerveau de l'homme soit absolument inexistante. Nous croyons que le monde des pensées et des idées, pour ne pas être immédiatement tangible aux sens, existe cependant, et nous en donnons pour preuve

l'influence indéniable du moral sur le physique et du physique sur le moral. Pour ce qui est de savoir quels liens mystérieux relient ainsi la matière et la pensée, nous sommes actuellement mal servis par la science, mais le fait existe et, en attendant d'en présenter une théorie complète, il faut au moins le signaler.

De plus, indépendamment de leur existence psychologique, ces notions correspondent à quelque chose de réel. Il est impossible d'abstraire à vide ; abstraire, c'est négliger certaines qualités d'un objet, considéré pour un instant comme secondaires, afin de s'occuper seulement de la qualité, considérée comme importante, et n'envisager l'objet examiné que sous ce seul rapport. L'abstraction suppose donc une certaine réalité qui lui sert de point de départ. Pour l'individu, l'abstraction consiste à s'arrêter à la forme extérieure du corps, à se contenter de cette unité sensible, à arrêter les progrès de l'analyse qui pourrait n'être pas satisfaite, à ne rien rechercher de la vie organique, cellulaire ou nerveuse du corps envisagé. Ce procédé d'unification abstraite aboutit à la notion d'individualité philosophique et de personnalité juridique. Pour le groupe, l'abstraction consiste à s'arrêter aux limites extérieures d'un territoire sur lequel fonctionne une souveraineté à laquelle chacun obéit, à se contenter de cette unité sensible, à arrêter les progrès de l'analyse qui pourrait n'être pas satisfaite, à ne rien rechercher de la vie intime, individuelle ou volontaire du groupe envisagé. Ce procédé d'unification abstraite, à raison du territoire occupé, de la langue parlée, de la loi obéie et surtout du but commun poursuivi, aboutit à la notion d'individualité collective et de personne morale. Toute abstraction est un arrêt dans l'analyse. Mais ce qui donne une réalité matérielle à ces investigations de

la pensée, ce sont les éléments très positifs desquels on part (territoire, langue, loi, volonté collective qui résume tout).

Le droit doit négliger comme toute science certaines particularités des objets soumis à sa discipline pour ne s'occuper que de certaines autres. Il doit abstraire, mais dans l'ordre juridique, ses abstractions sont des réalités. Comme le dit M. Hauriou, les réalités dont il s'occupe sont d'une réalité sociale ; il n'invente pas de toutes pièces des théories étrangères aux faits ou en contradiction avec eux, car ceci c'est le système de la fiction (1); mais il interprète de son mieux, et en serrant la réalité au plus près, avec le même esprit d'observation et d'impartialité, tous les faits sociaux, tous les rapports humains qui se présentent. A ce titre, l'abstraction « personne morale » est aussi fondée que l'abstraction « personne physique » ; l'une et l'autre correspondent à des réalités qui sont la synthèse organique d'éléments volontaires, synthèse opérée en vertu de la solidarité du corps humain ou de la solidarité du groupe. Mais, à raison de l'abstraction, il ne faut pas considérer dans ces personnes d'autres éléments que la volonté, car on ne ferait plus du droit, mais des sciences biologiques ou sociologiques si l'on résolvait cette synthèse par une analyse quelconque. On arriverait sans doute par cette voie à décomposer la personne morale en individus, mais on arriverait aussi à résoudre les individus en organes et en cellules, et on

(1) Le droit est parfois acculé par les nécessités pratiques, ou par une erreur de législation à l'emploi des fictions, mais ces exceptions ne sauraient être considérées comme la règle.

ne voit pas pourquoi la méthode juridique devrait être plus stricte dans ses investigations sur un point que sur un autre. « Tout en reconnaissant, dit M. Lainé (*Journal de droit international*, 1893, p. 279), qu'il y a entre ces deux classes de personnes d'importantes différences, j'estime qu'il n'y en a point de capitales. » Car les personnes physiques ne tiennent pas leurs droits de la nature seule, la loi règle leur existence dans le domaine du droit. Parfois même elle leur ouvre ou ferme la vie juridique (naissance, mort civile, viabilité, esclavage), et, d'autre part, les personnes morales ne sont pas de pures fictions, des abstractions (1). « Comment ne voit-on pas qu'il est contradictoire d'attribuer à des êtres fictifs des droits véritables. Voilà que des facultés très réelles, très positives, celle de passer des contrats, celle d'acquérir, des créances, la propriété, la possession, des hypothèques, celle d'ester en justice, appartiennent à quelqu'un, et ce maître, ce titulaire de droits aussi importants serait un être fictif, c'est-à-dire imaginaire ou purement abstrait !. En réalité, les personnes morales ou civiles ne sont pas autre chose que des modalités de la vie juridique des personnes naturelles. *Assurément on ne saurait nier le caractère abstrait, ou idéal, ou intellectuel des personnes morales, MAIS CE CARACTÈRE N'EST PAS ABSOLU, VOILA CE qu'il faut aussi reconnaître.* »

Nous acceptons donc entièrement ces prémisses de Jelinek. Au demeurant, ce caractère mixte, mi-intellectuel, mi-matériel, de la personnalité, a été signalé par un

(1) Ce mot dans la terminologie du savant professeur, n'a pas tout à fait le sens qu'il a dans la nôtre. Il ne signifie pas l'opération de l'abstraction, mais le résultat de cette opération, c'est-à-dire une pensée pure sans réalité.

grand nombre de jurisconsultes allemands. C'est surtout pour se séparer nettement des sociologues biologistes qu'ils ont mis en lumière le côté abstrait et intellectuel des organisations corporatives. « L'Etat, dit Blunstchli n'est pas une production de la nature, mais une œuvre indirecte de l'homme ; il est naturel en ce sens, que la nature humaine lui est nécessaire pour qu'il vive et se développe ; il est par ailleurs œuvre indirecte en ce sens que la libre activité de l'homme le met en œuvre et réalise ses fins. Dans ses manifestations, l'Etat imite les organes naturels, il ne s'identifie pas à eux. »

Autant l'œuvre de Jellinek nous paraît forte et nette sur ce point, autant elle nous semble débile et confuse sur l'explication de ce phénomène de la volonté collective. A vrai dire, il n'en pouvait être autrement. A vouloir servir de trop près cette notion, Jellinek eût risqué de se mettre en désaccord avec ses prémisses. Cherchant à établir que la réalité juridique est une réalité abstraite, il ne pouvait pas établir, à moins de s'adresser à des sciences connexes, la réalité de la volonté collective. Et c'est là l'objection que la plupart des théoriciens n'ont pas manqué d'adresser à son système. Dire qu'il faut attribuer à un groupement collectif une volonté synthétique, à raison d'une nécessité logique, c'est n'être pas loin de la fiction (Preuss Hugo) (1). C'est même recourir à une

(1) Nous protestons énergiquement contre cette assimilation du procédé *abstraction* et du procédé *fiction*, nous nous sommes déjà expliqués sur ce point deux pages plus haut. L'abstraction part toujours d'une réalité sensible qu'elle décrit au point de vue le plus général possible, au moyen d'une qualité caractéristique de l'objet, alors que la fiction y substitue une notion de fantaisie. C'est ainsi qu'alors

fiction déguisée que l'on exprime sous des termes différents. M. Michoud reprend l'objection en ces termes : On peut légitimement abstraire, mais les abstractions doivent se rapprocher de la réalité. Par quel coup de baguette magique la volonté des individus devient-elle celle du groupe ?

Certes, cette argumentation est forte ; mais à vouloir y répondre, on risque de se placer hors du terrain choisi par Jellinek. Il faut soutenir que le Droit ne vise que des réalités concrètes, des faits matériels et brutaux, et qu'il faut le considérer avec les mêmes yeux que les premiers hommes de Rome, matérialistes et objectifs. C'est un point de vue qui ne peut convenir qu'à une civilisation primitive. Jellinek a eu raison de l'abandonner. Toutefois, s'il eût voulu se placer sur les terrains limitrophes où ses adversaires le conviaient à le suivre, il eût pu démontrer l'existence réelle de cette volonté collective, sinon au point de vue positif, du moins au point de vue social, et c'est là la démonstration à laquelle s'est livré M. Hauriou. Si donc nous acceptons la théorie générale de Jellinek, nous admettons qu'on peut subsidiairement et pour fonder avec solidité la doctrine de la réalité de la personne morale accepter une bonne description du phénomène de la volonté collective.

« On peut, dit l'éminent professeur de l'Université de Toulouse, distinguer deux stades dans l'unification spon-

que l'individu humain est mortel, elle le suppose immortel, au point de vue successoral. Au contraire, lorsqu'on parle du « volume », d'un corps, on fait allusion à la propriété générale qu'ont les corps d'occuper une certaine portion de l'espace indépendamment de leur forme, de leur densité, et de tous les autres caractères physiques.

tanée des volitions relatives à la vie subjective de l'établissement collectif : Dans le premier stade, il se dégage une volonté collective maîtresse ; dans le second, cette volonté est représentée par toutes les volitions nécessaires à sa réalisation. L'une et l'autre opération, la décision et l'exécution, sont des manifestations diverses de la solidarité représentative et du pouvoir : Que, sur toute décision à prendre dans une œuvre collective, il se dégage une volonté humaine, qui, par le jeu des forces intérieures du groupe, devient maîtresse des autres volontés et s'impose, cela est d'évidence. La vie politique d'un pays en est d'ailleurs la démonstration au tableau : Un homme a une ou plusieurs opinions relatives à la conduite des affaires ; il se fait nommer député grâce à certaines combinaisons d'intérêt et d'influences ; grâce à de nouvelles combinaisons d'intérêt et d'influences, à sa force de volonté, à ses amitiés, il acquiert de l'autorité sur la majorité parlementaire ; le voilà à même de traduire sa volonté particulière en volonté générale, c'est-à-dire en volonté maîtresse. C'est le gouvernement occulte de tout leader de la majorité. »

Dans le gouvernement intérieur du moindre cercle, de la moindre société de commerce, le même fait se produit d'autant mieux qu'une nécessité intérieure y pousse : le sentiment qu'il faut vivre, agir. Or, agir, c'est se décider, et si la décision est chose individuelle, elle demande unité de volitions et il faut que cette unité soit obtenue à tout prix. Il faut aussi unité dans l'exécution de la décision prise. Il faut, par conséquent, que la volition maîtresse soit fidèlement et réellement reproduite dans les volontés de tous, disons le mot, il faut qu'elle soit réellement représentée. L'unification des volitions se fait, ici, partie en vertu de la solidarité représentative qui

donne à tous les membres sensiblement la même conception, partie en vertu du pouvoir. Le pouvoir qui agit ici sur les volontés de tous représentants et représentés pour les fusionner, s'appelle le sentiment de l'œuvre, ou mieux encore, dans les organisations politiques, la loi. Et c'est tout simplement sous son aspect subjectif l'ascendant du but poursuivi en commun. Car la loi, dans une définition finaliste, c'est l'aspect subjectif du but social.

Ainsi l'unification des volitions relatives à la vie subjective de l'établissement (ou de l'Etat, du département et des communes) se produit spontanément. Cette unification est réelle, car elle repose soit sur une certaine forme de la solidarité sociale qui est un fait, soit sur le fait du pouvoir. Dès lors, comme il y a succession de volitions de ce genre, il y a par là même les éléments d'une vie subjective de l'établissement qui existe en tant que voulue. Dès lors aussi, il y a personnalité morale réelle d'une réalité sociale.

Nous nous sommes très longuement étendu sur cette question de la personnalité de l'Etat. Nous allons étudier parmi les multiples applications que l'on peut faire de la notion de la personnalité réelle, l'une d'elles ; celle-ci controversée de la responsabilité de l'Etat.

DEUXIÈME PARTIE

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Le groupe social, agissant par ses organes, peut infliger à l'individu, librement, des préjudices moraux ou matériels. Lorsque ces préjudices ne résultent pas de l'application de la loi pénale, ils prennent le nom de dommages et entraînent la responsabilité du groupe qui est dans la nécessité juridique de les réparer. C'est à raison de l'équité, et aussi de la destination sociale de l'Etat que cette nécessité juridique existe.

Le dommage peut provenir de trois causes : (a) ou bien un cas fortuit ou de force majeure, nous ne nous en occuperons pas ; il s'agit ici d'activité libre de l'Etat. Il peut provenir aussi : (b) d'une activité ou d'une négligence licite de l'Etat comme dériver (c) d'une activité ou d'une négligence illicite. De là, deux catégories de responsabilité : la responsabilité pour fautes, la responsabilité en dehors de toute faute. En principe (1), la faute est le fait générateur de la responsabilité et non le préjudice subi. Tout préjudice n'a pas à être réparé.

(1) Nous entendons par là que la faute est le générateur de la responsabilité dans la plupart des cas.

Section Première

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAUTES

La faute est le manquement à une obligation active ou passive d'une personne juridique. La jurisprudence a relevé un grand nombre de manquements de ce genre qu'il est possible à l'Etat de commettre : abus du droit, emploi de l'autorité pour un but étranger à celui en considération duquel la puissance publique avait institué cette autorité (1), négligence des agents dans l'accomplissement de leur fonction (2), oubli ou violation de formalités édictées par la loi.

Nous ne discutons pas ici la question de savoir si la collectivité est capable de faute ; nous nous sommes longuement expliqué sur l'existence de la volonté collective, et, en ayant reconnu l'existence, nous déduisons que cette volonté est capable de faillir. Toutefois, les agents par lesquels cette volonté se manifeste ne sont pas toujours dans un rapport d'organe eu égard à l'Etat : ainsi, lorsqu'ils agissent à titre privé dans la sphère de leurs intérêts particuliers, en dehors d'un service commandé. A ce point de vue, un certain nombre de distinctions et de sous-distinctions sont nécessaires. Elles se ramènent à quatre hypothèses : faute du préposé, faute du fonctionnaire en tant qu'homme privé, faute légère ou de ser-

(1) Détournement de pouvoir.

(2) Négligence involontaire ou dolosive.

vice du fonctionnaire, faute du fonctionnaire, organe de plusieurs personnes morales du droit administratif.

Il semble, *a priori*, inutile de traiter à deux points de vue différents une responsabilité, qui, nous le constaterons, repose, dans un cas comme dans l'autre, sur la simple équité ; toutefois, nous maintenons cette distinction que les auteurs antérieurs ont soit posé, soit maintenu, et pour un certain nombre de raisons, (a) parce que l'appréciation purement équitable des faits est difficile, et que dans les hypothèses où les uns soutiendront que l'équité exige réparation et les autres n'en verront pas la nécessité ; la présence d'une faute mettra un terme naturel à la discussion et entraînera, presque nécessairement, une solution indemnitaire. C'est, sans doute, un critérium un peu imprécis que celui qui consiste à substituer la question de fait : « Y a-t-il eu une faute ? » à une autre question de fait : « Est-il équitable de réparer tel dommage ? », mais on est toujours amené en dernière analyse à une distinction de ce genre.

Or, relever l'existence d'une faute est un acte plus simple que de scruter une difficulté de justice pure. M. Planiol qui a consacré à cette notion de faute une étude très intéressante dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1), établit par l'expérience que lorsqu'on a passé en revue un certain nombre de violations de la légalité, de l'habileté professionnelle et de la simple honnêteté, l'on a fait la théorie de la faute, et seul le dernier terme de cette trilogie comporte-t-il quelque délicatesse d'appréciation. En définitive, il est relativement facile de décider s'il y a faute ; il est, par contre, très délicat de doser la responsabilité suivant l'équité.

(1) *Op. cit.*

(b) Cela apparaît avec plus de netteté encore lorsqu'on place dans les hypothèses de faute de la victime ou de faute commune. Voilà la victime qui s'est engagée dans une zone dangereuse et qui en la traversant a subi un dommage. On décide qu'en équité l'Etat n'en répondra pas. Fort bien, mais pourquoi en équité l'Etat n'en répond-il pas ? Mais parce que la victime s'est exposée elle-même par sa négligence, son imprudence ; il y a deux causes au dommage subi : l'existence d'une zone dangereuse et l'absence de toute précaution de la part de la victime. Or, c'est cette dernière qui est la véritable cause du dommage, car, partout où sont des champs de tir, on n'a pas à déplorer des accidents ; donc c'est bien moins le risque créé par le champ de tir que la faute de la victime qui détermine le dommage. Comment, dès lors, celle-ci pourrait imputer aux organes de l'Etat un accident qui s'est produit par son fait ? Appliquer la théorie de la faute, c'est faire un progrès dans l'analyse juridique.

La jurisprudence l'a si bien compris qu'elle n'a fait application du système de la responsabilité, en dehors de toute faute, que dans quelques arrêts que nous pouvons qualifier sans crainte de dissidents. Nous avons relevé trois principales applications de cette idée de responsabilité sans faute : la première est en matière de travaux publics ; sur ce point la jurisprudence n'a pas varié et elle alloue toujours des indemnités, même en dehors de toute faute commise, aux victimes de ces ouvrages, sous la réserve importante d'ailleurs que le dommage subi soit considérable. Elle avait, entre 1902 et 1903, essayé, en second lieu, d'étendre cette notion aux accidents causés par les exercices de tirs aux propriétaires riverains ; à ces derniers elle ne demandait plus d'établir soit la preuve d'une faute, soit le caractère considé-

nable du dommage, mais elle n'a pas persévéré dans l'emploi de cette méthode d'appréciation et est bien vite revenue à la théorie de la faute. En dernier lieu, statuant sur les accidents du travail commis à l'intérieur des manufactures de l'Etat, la jurisprudence a fait, avant la lettre, application de la théorie du risque professionnel. Mais l'arrêt antérieur à 1898, qui, statué dans ce sens, est resté isolé, et même s'il était suivi d'autres, l'on ne pourrait en tirer argument contre la distinction que nous proposons d'établir entre la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute.

Car depuis cette date la loi sur les accidents du travail, qui dispense de la preuve de la faute les ouvriers de l'industrie privée, continue à grever les ouvriers des manufactures de l'Etat du fardeau de cette preuve. Si dans ces conditions la jurisprudence ne se montrait pas exigeante sur l'administration de ladite preuve ou s'abstenait même de la requérir, on pourrait aussi bien interpréter cette décision par le désir qu'elle a de ne pas faire aux ouvriers de l'Etat une situation plus défavorable (1) qu'à ceux de l'industrie privée, que par le souci d'affirmer l'extension de la responsabilité de l'Etat même en dehors de toute idée de faute.

(c) En troisième lieu, il faut bien se rendre compte que neuf fois sur dix, la responsabilité se posera à propos d'une question de faute. La responsabilité pour domma-

(1) Cette interprétation serait d'autant plus raisonnable, que si le législateur de 1898 a enlevé aux ouvriers de l'Etat le bénéfice des dispositions qu'ils édictait, c'est uniquement parce que ces ouvriers touchaient, en cas d'accident, des indemnités plus considérables que celles établies par le nouveau régime qu'il instituait.

ges *extraordinaires* est, comme l'adjectif lui-même l'indique, une responsabilité d'exception ; en somme elle se réduit presque aux dommages causés par les travaux publics, et encore faut-il que les dépréciations, que ces ouvrages ainsi construits ont entraînés, soient très sensiblement appréciables. Toute cette théorie est gouvernée par la règle *de minimis non curat prætor*. Il n'y a donc là que quelques hypothèses isolées. Seule une généralisation très large et très théorique peut les faire rentrer par l'analyse dans le système général de l'équité : mais en fait, en pratique, il faut faire état de la théorie de la faute et c'est pour cela qu'il importe d'examiner plutôt *quod plerumque fit*, pour étudier ensuite une manière d'exception qui, d'ailleurs, confirme la règle.

CHAPITRE PREMIER

QUELS SONT PARMI LES AGENTS CEUX DONT LES FAUTES PEUVENT
ÊTRE IMPUTÉES À L'ÉTAT

Il faut en premier lieu distinguer le préposé ou employé du fonctionnaire. Il est évident que le concierge d'un ministère ne participe pas de la même manière que le ministre à l'exercice de la volonté collective. Cette notion toute de bon sens a été développée par M. Duguit dans les termes suivants : « Si l'organe se distingue du mandataire, l'un et l'autre doivent être soigneusement séparés du préposé. Le mandataire est celui qui fait un

acte juridique pour une autre personne ; le préposé est celui qui accomplit un agissement quelconque, mais n'ayant pas le caractère juridique dans l'intérêt d'une autre personne..., tous les actes purement matériels accomplis par les nombreux agents des collectivités politiques ou autres, par exemple les travaux de voirie, de construction, les travaux industriels, les transports, l'enseignement même, n'ont pas le caractère d'actes juridiques, et les agents qui les font ne sont pas des organes, mais des préposés de la personne collective. Ce n'est pas la collectivité, ce n'est pas l'Etat qui fait des routes ou des canaux, construit des édifices, enseigne dans une université, dans un lycée. Il y a là de simples actes de l'activité individuelle et non pas des manifestations de l'action corporative ou étatique. L'individu qui fait ces différents actes pour le compte de l'Etat n'est pas organe de la volonté de l'Etat : il exprime sa volonté propre, il manifeste son activité individuelle propre. « Le professeur de l'Université n'enseigne pas la mathématique du roi de Prusse ou la psychologie du grand-duc de Bade. » (Jellinek.) L'Etat peut provoquer, ordonner, diriger cette activité, en ordonner « le quantum », mais non « le qualé ». Il ne peut être à la fois, par l'incarnation de ses organes, agriculteur, chimiste, soldat, ingénieur, mais il peut faire rendre par l'activité de ses employés des services d'agriculture, de sciences, d'art militaire ou techniques. On dit d'ordinaire que les organes détiennent la puissance publique, et les préposés font des actes de gestion (1). Ce n'est pas un critérium des plus exacts ; en effet, certaines personnes qui font des actes de gestion

(1) Nézard. — Théorie juridique de la fonction publique.

agissent *sous des espèces juridiques*. Ainsi, une commune qui loue un bien de son domaine fait à la fois un acte juridique et un acte de gestion. Le maire, quand il agira pour réaliser la délibération communale, sera ce pendant un organe de la commune et non un préposé. Par contre, un agent de la force publique qui, sans en avoir reçu l'ordre et en dehors du cercle de ses fonctions, fera un acte matériel d'autorité, ne sera ni un préposé, ni un organe. En réalité, la distinction tient dans le caractère juridique ou matériel de l'acte accompli par l'agent. La distinction n'est pas toujours aisée à faire ; mais il est certain que les actes de puissance publique régulièrement faits sont toujours des actes d'organe et non de préposés ; il est moins certain par contre, et nous venons de le voir, que les actes de gestion soient toujours des actes de préposé et jamais des actes d'organe (1). La jurisprudence s'y trompe souvent ; c'est ainsi que le tribunal correctionnel de Paris, chargé de trancher la question au point de vue de l'application de l'article 294 du Code pénal (outrage à un agent de l'autorité publique), mais dont la décision pourrait aussi bien être transportée à la matière qui nous occupe, avait décidé qu'une employée du téléphone était chargée « d'un ministère de service public ». La Cour d'appel, et sur pourvoi celle de cassation, ont au contraire décidé : « qu'on ne saurait considérer comme chargées d'un ministère de service public, toutes les personnes qui sont

(1) On a proposé différents critères. Caractère unilatéral ou contractuel de la nomination de l'agent. Existence ou absence d'un « Etat des fonctionnaires, tel que chez nous l'Etat des magistrats, des professeurs et des officiers ».

(Laband, *Staatsrecht*).

à un titre quelconque employées à un travail déterminé par une administration publique : que beaucoup d'entre elles ne sont que de véritables commis ou de simples employés » ; que notamment le fonctionnaire dont le travail consiste spécialement à donner la communication téléphonique aux abonnés qui en font la demande n'est, si son emploi est d'un intérêt public, ni un agent dépositaire de l'autorité publique, ni un citoyen chargé d'un ministère de service public. (Paris, Cour, 15 oct. 1904).

II. FAUTE DU PRÉPOSÉ. — L'Etat est-il responsable de la faute de ses préposés ? Nous dirons oui, mais il faut remarquer que cette responsabilité est indirecte. Ce n'est pas la personne Etat qui par ses organes a causé le préjudice à la réparation duquel nous concluons. Il ne saurait être question ici d'équité. Il est tout à fait mal fondé de prétendre que l'Etat, bénéficiant des services de son préposé, doit, par contre, supporter la responsabilité de ses fautes ; car, d'abord, la plupart du temps les services du préposé sont destinés à des tiers, sont des services publics dont les agents émargent au budget bien plus qu'ils ne lui rapportent et, de plus, la personnalité du préposé est entièrement différente de la personnalité Etat, de telle sorte que le transport de la responsabilité de l'un à l'autre a toujours quelque chose d'artificiel. C'est croyons-nous, sur le terrain de la *culpa in eligendo* qu'il faut se placer pour apprécier la responsabilité du préposé. L'Etat qui peut, en général, librement choisir ses préposés est responsable de son mauvais choix. On ne lui demande pas de trouver un préposé infaillible, on lui demande de trouver, parmi tous les hommes faillibles susceptibles d'être employés à son service, celui qui le sera le moins. Plus le préposé sera incapable de faute, moins

sera grande la responsabilité éventuelle de l'Etat. On l'incite ainsi à choisir au mieux du service et à ne pas laisser, au hasard des influences électorales ou autres, le recrutement de ses préposés.

Les entrepreneurs et les concessionnaires doivent-ils être assimilés aux préposés ? La raison de douter vient de ce que, en principe, les entrepreneurs ne sont pas considérés comme préposés en droit civil. Ils font, en effet, un travail technique pour l'exécution duquel ils doivent être indépendants ; les particuliers n'ont pas, en thèse, à leur dicter leur conduite ni à leur donner de prudentes instructions. On ne saurait donc appliquer la théorie de la *culpa in eligendo* (1). Il y a lieu de faire, en ce qui concerne les personnes morales administratives, un raisonnement absolument contraire. En effet, les travaux publics (sauf peut-être ceux exécutés au compte de toutes petites communes) sont toujours dirigés par un chef de service administratif compétent sous l'autorité duquel le travail se poursuit. A tout instant, il est loisible à cet agent de donner ses ordres pour éviter les imprudences et s'abstenir de tout dommage. La faute de l'entrepreneur suppose donc, d'une part, une négligence personnelle ; d'autre part, une négligence dans la surveillance de la part du directeur des travaux, ce directeur est ou un préposé ou un organe. Dans l'un ou l'autre cas, la responsabilité de l'Etat est engagée.

Les ouvriers de ces entrepreneurs peuvent-ils mettre l'Etat en cause, à raison des fautes de leur patron ; nous

(1) D'autre part beaucoup d'entreprises ont lieu par la voie de l'adjudication, le choix de l'administration se fait alors *intuitu pecuniæ* et non *intuitu personæ*.

ne le pensons pas. La loi des parties en discussion n'est pas ici l'acte intervenu entre l'Etat et l'entrepreneur, mais bien le contrat de louage de services intervenu entre l'ouvrier et l'entrepreneur. L'Etat ne saurait, ici, être mis en cause. Jurisprudence conforme.

III. FAUTE DES ORGANES. — Après cette première distinction, entre employés et fonctionnaires, il convient de faire une nouvelle distinction entre fonctionnaires mêmes. En effet, ceux-ci peuvent être considérés : 1° en dehors de leurs fonctions ; 2° au sein de leurs fonctions ; 3° en tant qu'organe commun de différentes personnes morales.

a) *En dehors de la fonction.* — Le fonctionnaire en dehors de sa fonction est un simple citoyen dont la faute ne saurait être réparée par l'Etat ; toutefois, en fait, la question sera parfois difficile à élucider. C'est ainsi que souvent la responsabilité de l'Etat a été écartée à l'encontre des prétentions de militaires blessés, par leur faute, en dehors de tout service commandé. Parfois, il est trop difficile d'apprécier s'il y a ou non un tel commandement. C'est ainsi que lorsque le subordonné a été chargé d'une mission précise, sans qu'on lui ait fixé l'heure ferme à laquelle il doit s'en acquitter, ni l'itinéraire exact qu'il doit suivre, il est très difficile de savoir, au cas où il est victime de quelque accident loin du point où l'amenait sa mission, s'il exécutait ou non le service commandé. Mais ce sont là difficultés de fait laissées à l'appréciation du juge.

b) *Dans l'exercice de ses fonctions.* — Le fonctionnaire,

dans l'exercice de ses fonctions n'entraîne pas toujours par sa faute la responsabilité de l'Etat ; il y a à ce point de vue une dernière sous-distinction à faire. Il faut éviter de confondre la faute personnelle ou faute lourde et la faute légère ou de service. La première est une faute que le fonctionnaire ne peut être présumé avoir commise dans l'exercice de ses fonctions. Ce sera une faute lourde, un dol, l'acte fautif sera nettement séparable de l'action administrative ; il révélera l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences. Il sera, par conséquent, nettement imputable à la personne physique et non à l'organe. « Il peut arriver que la faute de l'agent soit d'une telle gravité qu'on devra certainement le considérer comme étant sorti de sa compétence et comme ayant perdu la qualité d'organe. » (Duguit.)

On oppose à cette faute lourde la faute légère ou de service que l'agent commet dans l'exercice matériel et juridique de sa fonction : celle qui se relie par un lien étroit, de cause à effet, d'auteur à acte avec la mission confiée au fonctionnaire. « Elles résultent, dit M. Roger, d'un service mal fait, d'un ordre mal donné, mal compris, imprudemment exécuté, mais n'ayant cependant en vue que le fonctionnement du service ». Au fond, il y a indétermination sur le point de savoir si dans les conditions d'organisation du service une telle faute pouvait être évitée. On admet que le fonctionnaire est sujet à erreur, à imprudence, qu'on ne peut exiger de lui un service absolument correct et de tous les instants, et qu'il y a lieu de fermer les yeux sur les petits à-coups du service ; l'organe de l'Etat, qui est une personne physique, ne peut être absolument irréprochable. Lorsque l'erreur ne sera trop grave, il ne cessera pas d'incarner la vo-

lonté de l'Etat. L'Etat sera responsable des fautes de service, il ne le sera pas des fautes personnelles (1).

La distinction entre la faute de service et la faute personnelle est une des plus délicates à faire ; c'est, selon nous, une question d'espèce. La responsabilité de l'Etat à raison de ces fautes à caractère indécis a été déclarée par la jurisprudence essentiellement relative : attendu, disent de nombreuses décisions du Conseil d'Etat, que la responsabilité n'est ni générale, ni absolue, mais varie avec les besoins du service... Les auteurs n'ont pas toujours été satisfaits d'une indétermination qui laisse en suspens la solution de questions aussi essentielles que celle de la responsabilité et de la compétence. Ils ont observé tout d'abord, que les qualifications de faute lourde et faute légère étaient des expressions commodes, mais ne constituaient pas le véritable fondement de la distinction. Ce qu'il faut savoir, c'est si la faute lourde est ou non détachable de l'acte administratif ; comme en pratique, il sera aisé de signaler une faute lourde plutôt qu'une faute détachable de la fonction, on a préféré prendre la conséquence pour le principe dans un but de clarté : chacun voyant clairement ce qu'est une faute lourde et voyant difficilement ce qu'est une faute séparable ou non de la fonction : « Le principe de la responsabilité du » fonctionnaire ne se trouve pas dans la théorie des fautes » les limite à la faute lourde (*culpa lata*) car le fait cor- » respond à cette faute lourde qui confine au dol. On » demande donc au fonctionnaire de ne pas commettre » dans l'exercice de ses fonctions ces fautes que ne

(1) La question de responsabilité est liée à celle de compétence, administrative dans le premier cas, judiciaire dans le deuxième.

» commet pas l'homme le moins intelligent ou le moins
» consciencieux dans la conduite de ses propres affaires.»
(Hauriou).

Quant à ce que nous disions au sujet de la faute légère et de son accomplissement à l'occasion des fonctions à l'esprit desquelles le fonctionnaire reste fidèle, on fait observer qu'une illégalité ne suffit pas pour engendrer la faute lourde et faire dégénérer la *culpa* en fait personnel. Les vices de l'acte, tels qu'un excès de pouvoir, sont le propre de l'acte, ils sont inséparables de lui, ils n'entraînent pas la responsabilité du fonctionnaire. M. Laferrière observe que « l'illégalité ou excès de pouvoir n'a pas pour effet nécessaire de faire dégénérer la faute ou l'erreur qui a été commise en une faute personnelle, de laquelle seule peut résulter la responsabilité civile. En commettant une illégalité, l'agent peut rester fidèle à l'esprit de ses fonctions. La responsabilité de l'Etat couvrira donc, s'il y a lieu, les actes de cet agent. »

M. Duguit propose de distinguer deux choses : l'opération volontaire de la personne morale administrative, l'exécution de cette volonté. Dans le premier cas, qui est le plus rare, car on voit rarement un acte de volonté pure préjudicier à des particuliers (1), c'est une question de but qui se pose. Si tout en commettant une illégalité, le fonctionnaire a poursuivi un but qui est conforme à celui que la loi a eu en vue en lui donnant compétence, il est irresponsable et vice versa. L'essentiel est, en effet, de déterminer dans quel cas le fait personnel est détacha-

(1) On peut citer cependant un acte contenant infraction à la loi pénale. Par exemple l'acte contiendra des considérants qui constituent des injures ou des diffamations à l'égard d'un particulier révoqué d'une fonction.

ble de l'acte fonctionnel. Or, il en sera précisément ainsi lorsque le fonctionnaire poursuit un but autre que celui en vue duquel la loi lui a donné une certaine compétence. Ce n'est donc pas véritablement le degré de faute qui est le fondement de la responsabilité, c'est la nature de la faute. Dans ces hypothèses, il n'y a aucun rapport entre la validité de l'acte qui reste entier et la faute commise d'où la responsabilité découle. Le fonctionnaire a poursuivi un but légitime par un moyen qui ne l'est pas. Malgré l'unité apparente, il y a deux actes, dont l'un est un acte juridique et produit des effets de droit, dont l'autre est violation d'un devoir objectif et entraîne responsabilité. Ainsi l'Etat est irresponsable, suivant M. Duguit, lorsque le fonctionnaire commet un détournement de pouvoir. Il reste responsable en tout autre cas. Peu importe d'ailleurs que l'annulation de l'acte ait été demandée, et que ce soit pour vice de forme, violation de la loi ou d'un règlement, excès ou détournement de pouvoir. C'est là un point tout à fait étranger à la responsabilité, le fonctionnaire est responsable parce qu'il y a un fait personnel détachable de l'acte, parce qu'il a été inspiré par un but autre que le but fonctionnel.

Dans le cas où l'on discute non plus sur l'acte volontaire de la personne administrative, mais sur l'exécution de ses volontés, on est obligé de raisonner autrement. En effet, on ne peut rechercher si la faute est ou non séparable d'un acte vicieux. Cet acte d'exécution n'est pas soumis aux règles de validité des actes juridiques. Il existe *stat per se* par le fait même de son exécution. On ne peut pas se livrer à une analyse et dire, d'une part, il y a un acte de la personne de l'Etat qui est nul, de l'autre côté, il y a une faute de l'agent qui entraîne la responsabilité de ce dernier. L'acte d'exécution sera

donc toujours rapporté à la personne Etat (1), et jamais au fonctionnaire, sauf si celui-ci a de nouveau agi en détournement de pouvoir.

Bref, toute la théorie de la faute de la fonction et de la faute personnelle peut se résumer en cette proposition. Le fonctionnaire a-t-il poursuivi le but de sa fonction : quelque grossière que soit sa faute, il n'est pas responsable vis-à-vis des particuliers et l'Etat l'est à sa place. Est-il sorti du but de sa fonction : quelque légère que soit sa faute, il est directement responsable vis-à-vis des particuliers et l'Etat cesse de l'être.

c) *Organe commun à plusieurs personnes morales administratives.* — Enfin, quatrième hypothèse : le fonctionnaire peut être organe de plusieurs personnes morales administratives. Les préfets sont des organes de l'Etat et du département ; les maires des organes de l'Etat et des communes ; les employés d'octroi (2) sont agents des régies financières de l'Etat. Il sera nécessaire de rapporter à l'une des deux personnes administratives, dont l'agent en faute est le commun organe, l'acte commis pour savoir qui est responsable. Nous retrouverons à ce sujet de graves difficultés théoriques lorsque nous étudierons la responsabilité du département et de la commune. Toute une doctrine soutient qu'il est parfaitement inexact de considérer les départements et les communes

(1) Nous nous servons de l'expression commode « personne-Etat », mais il faut se rappeler que la doctrine de M. Duguit exclut la personnalité de l'Etat.

(2) Jusqu'au moment où ces taxes d'octroi seront remplacées par d'autres, le service en est assuré par des agents municipaux.

comme des personnes morales titulaires de droits de puissance publique.

En particulier, il n'existerait pas de police rurale et municipale, il n'y aurait qu'une police d'Etat. Nous examinerons cette doctrine et les difficultés qu'elle soulève en nous occupant de la responsabilité de la commune et du département. Pour le moment, nous faisons nôtres les décisions de la jurisprudence aux termes desquelles les actes du préfet qui ne sont pas relatifs à l'administration du département, sont de nature à engager, en cas de faute, la responsabilité de l'Etat. De même, les actes du maire, à l'exception des actes de police municipale, qui sont considérés comme s'exerçant dans l'intérêt de la commune. Enfin, dit M. Roger, un arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1833 déclare l'administration des contributions indirectes et celle de l'octroi de Clermont-Ferrand solidairement responsables de la faute d'homicide commis sur une personne soupçonnée de fraude, ces agents ayant commis ce crime dans l'intérêt commun de la mairie et de la régie.

Le tableau suivant résume nos développements au sujet des personnes physiques par lesquelles la responsabilité de l'Etat peut être mise en jeu :

Tableau

PERSONNES	RESPONSABILITÉ	FONDEMENT
a) Préposé {	Employé. Entrepre- neur. }	Responsabilité {
		<i>Culpa in eli- gendo</i> , faute du directeur des travaux.
	(1) Hors du service	Irresponsabilité.
	a) En dehors de l'exercice juridi- que de la fonc- tion.	Irrespon- sabilité.
b) Fonc- tionnaire.	(2) Dans son service.	b) A l'occasion de l'exercice ju- ridique de la fonction.
		Responsabilité. Faute de l'organe.
	(3) Organe commun à deux personnes morales adminis- tratives, agissant pour le compte de l'Etat.	Responsabilité. Faute de l'organe.

CHAPITRE II

FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE

A. Exposé des théories habituelles

1° *La notion a priori de l'équité.* — L'obligation juridique de réparer un dommage survenu par suite de la faute d'un particulier est basée au point de vue théorique sur un principe d'équité et de justice. Etant donné qu'un rapport de cause à effet existe entre le préjudice souffert et l'imprudence ou la négligence de l'auteur du préjudice; étant donné, d'autre part, qu'un rapport d'imputabilité peut être signalé entre le fait matériel commis et l'agent qui s'en est rendu coupable, il est conforme à

l'idéal de justice et aux conceptions de morale qui sont propres à l'homme de mettre la contrainte juridique au service de la victime du préjudice pour obliger son auteur à réparation. Si, au point de vue pénal, la question d'imputabilité continue à jouer un rôle considérable et prépondérant, au point de vue de la responsabilité civile et de la réparation du préjudice, il semble bien que son importance soit moindre. L'extension de la théorie du risque professionnel et la tendance que la jurisprudence a à mettre à la charge du patrimoine des fous, des hypnotisés et des autres personnes à volonté anormale le fardeau de la réparation, soulignent cette tendance (1). Un simple lien de cause à effet devient donc le fondement naturel de la responsabilité. Encore faut-il s'entendre. Si l'on suppose, comme le veut une école philosophique, que tous les faits soient déterminés les uns par les autres d'une façon rigoureuse et dont l'activité humaine ne changera pas l'ordre établi, il est clair que le lien de cause à effet obligera à remonter jusqu'à une cause première et à écarter toute responsabilité humaine. Ce n'est donc point à ce point de vue que l'on se place. L'homme sera considéré comme la cause médiate des préjudices causés parce que c'est lui et non les causes premières qui pourront se voir imposer l'obligation de réparer, encore que au point de vue scientifique son activité soit

(1) Nous en voyons une autre indice en législation, dans ce fait que M. Pourquery de Boisserin a déposé un projet de modification de l'article 1382, dont la disposition traditionnelle serait remplacée par la suivante : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le *fait* de qui il est arrivé, à le réparer.

plutôt une cause immédiate qu'une cause première suivant le déterminisme universel.

2° *Le fait naturel des organisations sociales.* — Ces vues qui sont celles des rédacteurs de nos codes (Treilhard, Tarrible) ne sont pas les seules qui aient été exposées. A l'école de Rousseau et du *Contrat social*, on a voulu faire dériver la théorie de la responsabilité, non pas d'une notion *a priori*, mais d'un fait, le fait de l'existence d'une société. Si les hommes se sont groupés en sociétés, c'est vraisemblablement pour augmenter leur bien-être et non pour le diminuer. En dehors de la vie sociale, il n'est pas question de réparation de préjudice. L'homme demeure résigné et impuissant en face des dommages que lui ont causés ses semblables en état de guerre contre lui, et aussi en face des calamités naturelles. Au contraire, dès que la solidarité est établie par le lien social, il devient contraire à cette solidarité de porter préjudice à un cocontractant social. Si le préjudice causé est considérable et attente même à l'ordre établi, la loi pénale interviendra. Sinon, ce sera la réparation civile. Manquant aux obligations qu'impose aux hommes d'un groupe leur solidarité sociale, obligations préexistantes à toute législation, l'auteur du préjudice voit son obligation violée se résoudre en une obligation en dommages-intérêts que la victime se verra allouer.

Peut-on appliquer à l'Etat ces vues théoriques ? Quel choix y a-t-il lieu de faire entre les deux principales que nous exposons ? Tel est l'objet du présent chapitre.

3° *En droit civil, la responsabilité découle de la première des deux notions exposées.* — A. L'interprète peut appliquer à sa convenance tel ou tel fondement qu'il lui plaira sans se mettre pour cela en contradiction avec les

textes. Car si les travaux préparatoires nous permettent de savoir que le législateur a fait découler le principe de la réparation des dommages d'une notion *a priori* de justice et d'équité, ils nous apprennent aussi que c'est pour les particuliers et pour eux seuls qu'a été portée la règle de l'article 1382. La question qui nous occupe n'a pas été posée lors de la rédaction du Code ; sur la responsabilité de l'Etat, les rapports du Tribunat sont muets. Jamais, dit M. Laferrière, commentateur autorisé de ce silence, les auteurs du Code n'ont pensé que cette question pût se poser sur ces textes, et il y avait pour cela deux raisons péremptoires. La première, c'est qu'ils faisaient un Code civil et que pendant toute la durée de leur œuvre ils avaient maintes fois manifesté leur volonté de ne tracer que des règles de droit civil et privé et de ne les rendre applicables aux administrations publiques qu'en vertu de dispositions expresses. Ils ont cru nécessaire même de procéder ainsi dans beaucoup de cas où l'Etat n'agit que comme propriétaire. La seconde raison, c'est qu'en 1804, le caractère administratif de la responsabilité de l'Etat était consacré d'une manière absolue, quelquefois même trop absolue par la jurisprudence de la période révolutionnaire et par celle que le Conseil d'Etat venait d'inaugurer. La pensée de lui ôter ce caractère par des articles du Code civil muets d'ailleurs sur cette question, n'avait pu venir à l'idée de personne.

B. — Y a-t-il lieu d'après les idées actuelles d'appliquer à l'Etat les règles des articles 1382 et suivants ?

Les anciens civilistes, Demolombe, Aubry et Rau, Larombière, etc., sont d'avis de faire cette application ; d'une part, disent-ils, il est certain que l'Etat peut être considéré comme commettant et propriétaire aux ter-

mes des articles 1384 à 1386, il y a donc lieu de le déclarer dans ce cas responsable ; d'autre part, l'application de l'article 1382 souffre difficulté ; indépendamment du point de vue historique, suivant lequel le Code civil n'est pas fait pour l'Etat, le législateur en parlant de responsabilité de l'homme, personne physique, a rendu délicate à l'interprète l'application de ce texte à la personne fictive qu'est l'Etat. Celui-ci ne sera donc responsable qu'à raison de la négligence de l'entretien ou de la surveillance de sa chose, si celle-ci cause des accidents ou à raison de la *culpa in eligendo*. Laurent, tome XX, exige deux conditions pour que la responsabilité de l'Etat soit admise : 1° l'existence d'un dommage ; 2° la violation d'un droit, la violation d'un simple intérêt ne suffit pas. Mais les décisions de Laurent ont pour but de construire une théorie compatible avec les décisions de la jurisprudence belge et de légitimer l'exercice d'une action en responsabilité, même dans le cas où l'Etat agit par voie de puissance publique. Nous ne pouvons donc le suivre sur le terrain particulier où il se place. Quant à la distinction des autres civilistes elle est aussi peu fondée que possible.

Ces doctrines sont un tissu d'illogismes. Les articles 1382 et suivants se tiennent, sont d'une même pièce. Le premier vise la faute active de l'homme, les suivants la *culpa in eligendo*, les derniers sa faute passive, sa négligence, son imprudence à surveiller ses biens, tous manquements que rendent évidents la survenance du dommage. Au fond, une même idée, celle de faute, anime tous ces textes. Or, ou bien l'Etat est capable de faute et il faut lui appliquer en bloc ces divers articles, ou bien il ne l'est pas et il ne faut lui en appliquer aucun. Quant à l'argument tiré du mot homme, qui aurait dû arrêter les

civilistes dans l'application des articles 1834 à 1836 et leur faire voir que le droit du Code civil était dans la pensée de ses auteurs inapplicable à l'Etat, il n'a pas arrêté la jurisprudence qui a déclaré que les personnes morales du droit civil ne pourraient pas s'en prévaloir pour s'exonérer de leur responsabilité. La jurisprudence était, nous semble-t-il, dans le vrai et elle eût dû, sur la pente de la vérité, descendre jusqu'aux dernières conséquences et proclamer la responsabilité de l'Etat coupable en tant qu'organisme collectif. Aussi pendant longtemps elle n'y a pas manqué. Si elle est revenue sur ses décisions, ce n'est pas qu'elle estimait que la faute fut ou non imputable à un groupement, c'est parce que l'administration a revendiqué pour elle la connaissance des litiges de cette sorte et que les arrêtés sur conflit et la jurisprudence du Tribunal des conflits ont validé ces prétentions.

M. Michoud (1) a présenté une doctrine analogue à celle des civilistes, mais dans laquelle il a tenu compte des critiques dirigées contre leurs solutions. M. Michoud commence par répudier la doctrine traditionnelle de la personnalité-fiction, ce qui lui permet d'écarter les fins de non-recevoir que l'on opposait à l'application de l'article 1382. Si, en effet, la collectivité est capable de faute, toutes les applications que le législateur a faites de cette notion de faute obligent l'Etat et il n'y a pas à distinguer entre l'article 1382 et ceux qui le suivent. La volonté de la collectivité est une volonté légale, l'organe de cette volonté est la personne physique déterminée par la loi

(1) Michoud. — De la responsabilité de l'Etat. *Revue de Droit public*, 1895.

pour incarner cette volonté. Cette personne n'est autre que le fonctionnaire qui a droit de décision. Ce droit est en France accordé au chef de l'Etat, aux ministres, aux préfets, aux juges. Chacune de ces personnes dans l'exercice de ses fonctions, si elle commet une faute, engage la responsabilité de l'Etat. La distinction entre la faute lourde, le dol, le délit, d'une part, et, d'autre part, la simple faute de service n'a pas à se poser, l'article 1382 statuant *in genere* et disant « tout fait quelconque de l'homme... oblige celui par la faute de qui il est arrivé. » Cependant, ces faits sont réputés les faits de l'Etat, mais pour que cette présomption soit exacte, il conviendra que le fonctionnaire soit dans l'exercice de sa fonction (dans l'exercice simplement matériel), au cas contraire, ce serait le fait de l'homme privé.

L'Etat peut voir encore sa responsabilité engagée par les actes de ses préposés ; ici on se trouve sur le terrain de la *culpa in eligendo*. Le préposé aura dû, en conséquence, agir dans l'exercice de sa fonction ; il faut que l'organe de l'Etat soit considéré, vis-à-vis du préposé, comme un commettant que le choix qu'il a fait ait été libre et qu'il ait pu lui donner des ordres et surveiller. Enfin la responsabilité de l'Etat n'est que subsidiaire. C'est, en quelque sorte, un recours donné au particulier contre l'insolvabilité du fonctionnaire.

Pour terminer, l'Etat est responsable des actes dommageables causés par les animaux ou par la ruine des édifices dont il est propriétaire.

Nous avons de multiples raisons pour ne pas accepter ce système, et d'abord nous ne pouvons admettre qu'avec la doctrine de la volonté légale on puisse imputer une faute à une collectivité. Quelle soudaine puissance a donc la loi dans la théorie de M. Michoud, pour mettre au

compte du groupe la faute de celui qu'il appelle son organe, mais qui n'est en somme qu'un représentant. Car M. Michoud déclare que si l'on veut attribuer l'action de l'organe de la personne juridique « à l'être moral » qu'il représente, et non à lui-même, on ne peut le faire » qu'en choisissant parmi ses actes ceux qui lui seront » personnels et ceux qu'on attribuera à autrui. Cette » opération sera toujours, en somme, une opération plus » ou moins artificielle, un transport de la responsabilité » d'une personne à une autre ». Comment la loi peut-elle artificiellement déclarer que ce transport aura lieu. Et si on poursuit plus à fond cette doctrine, ne verrait-on pas que la volonté légale est une volonté fictive. La volonté légale se compose des volontés individuelles, organisées par l'Etat. Avant cette organisation, on se trouve donc en présence de forces latentes, mais non de quelque chose réellement existant, après cette organisation nous rencontrons une personne nouvelle douée d'une volonté légale. Si la loi n'était donc pas intervenue, la volonté corporative fut toujours restée à l'état potentiel. La personnalité est, dans ce cas, l'œuvre de la loi, c'est donc une œuvre fictive, une œuvre artificielle. Si la volonté, d'autre part, est fictive, la personnalité s'effondre, si la personnalité s'effondre, la culpabilité collective, la faute disparaît et l'on se retrouve sur le terrain des anciens civilistes : inapplicabilité à l'Etat de l'article 1382, avec ces conséquences aggravantes que la *culpa in eligendo* n'existe pas, que même la faute de l'Etat qui néglige l'entretien de ses bâtiments ou la surveillance de ses animaux ne saurait lui être attribuée en sa qualité de propriétaire, car le propriétaire c'est le sujet de droit de propriété, seule la volonté individuelle ou collective peut être sujette de droit, et la volonté fictive n'étant pas une vo-

lonté, elle ne saurait être sujette du droit de propriété. Comme dernière conséquence on en arrive à l'irresponsabilité complète de l'Etat et à la responsabilité des fonctionnaires.

Certaines législations ont accepté ces conséquences : *Stat can do not wrong*, l'Etat ne peut pas faire du tort, l'Etat, personne fictive, est insusceptible de délinquer. Qu'est-ce à dire : c'est que le fonctionnaire seul est coupable, c'est lui qui réparera le dommage. Solution hôteuse et impolitique ; le fonctionnaire, en vertu des pouvoirs que la loi lui donne, peut causer au particulier des dommages considérables, hors de rapport avec sa capacité économique propre. La désinfection d'œuvres d'art contaminées, dans un but d'hygiène, si elle est mal ordonnée, mal exécutée, peut détruire des chefs-d'œuvre dont la valeur économique peut être considérée comme infinie, au regard des valeurs économiques que le fonctionnaire représente. Derrière cette façade de la responsabilité du fonctionnaire, on abritera soit le déni de justice, soit la responsabilité subsidiaire de l'Etat. On terrorisera l'agent par la perspective des procès dont la moindre de ses fautes pourra devenir l'origine. On tuera en lui tout désir d'initiative que le sentiment de l'ordre et de la hiérarchie est déjà suffisant à étouffer.

En second lieu, on commet une erreur historique à vouloir rendre l'Etat justiciable des articles 1382 et suivants. La citation de M. Laferrière que nous avons reproduite quelques pages plus haut nous dispense d'insister à ce point de vue.

En troisième lieu, des lois spéciales telles que la loi du 15 juillet 1845 sur l'exploitation des chemins de fer, ont décidé que l'Etat serait responsable dans les conditions où les particuliers le sont. Or, ils le sont dans les

cas prévus aux articles 1382 et suivants. Il a donc fallu un texte spécial pour attribuer à l'Etat les responsabilités du Code civil. C'est donc que le législateur pensait que en dehors du cas exceptionnel qu'il a visé, la responsabilité civile de l'Etat n'existait pas ou avait un autre fondement.

Enfin il faut se rappeler que l'activité de l'Etat ne peut pas être assimilée à celle des simples particuliers ; non seulement lorsque l'Etat achète, traite, contracte, construit, il le fait sur un pied tel que peu de particuliers pourraient imiter son exemple, mais encore, lorsqu'il commande, enjoint, ordonne, il se comporte comme un particulier ne saurait le faire à peine d'exercice illégal de l'autorité. C'est sans doute une personne, mais qui se présente à l'examen du juriste avec des caractères particuliers. Il est de l'espèce des personnes morales, et on sait combien la puissance, l'immortalité, la mainmorte de celles-ci éveillent la suspicion du législateur. A un autre point de vue, la richesse et la puissance politique de l'Etat font à la loi et à la justice un devoir de ne pas le traiter sur un pied d'égalité complet avec les particuliers. Or, c'est de cette égalité que s'inspirèrent les rédacteurs du Code civil. Les membres de l'ancien corps social étaient les uns bénéficiaires, les autres victimes d'un régime de privilège, de telle sorte qu'on ne pouvait parler de responsabilité qu'entre les membres du même ordre et de la même classe sociale ; on ne pouvait poser un principe général applicable à tous. Au contraire, une société égalitaire risque moins de voir un principe tel que celui de l'article 1382 sans cesse démenti par les faits. Dans une société où il n'existe pas de trop grandes inégalités sociales, les moyens économiques et juridiques qu'ont les

les particuliers de se nuire entre eux peuvent (1) être considérés comme sensiblement les mêmes ; leur responsabilité pouvait donc être proclamée. La grande tourmente révolutionnaire avait brisé les cadres rigides de l'ancien ordre de choses, et il n'y avait en présence que des multiples individus sans liens avec un passé que répudiait la nation et ne s'appuyant sur aucun privilège de caste ou de fortune. L'Etat lui-même venait d'offrir avec le Directoire et le morcellement des pouvoirs de la Constitution de l'an III le spectacle de la plus grande faiblesse. Mais aujourd'hui il n'en est plus de même ; sans rechercher si la société se trouve pourvue d'une organisation plus stable et de traditions moins suspectes que ne l'étaient l'organisation et la tradition en 1804, il n'en est pas moins certain que l'Etat se trouve plus centralisé, plus fort qu'il ne l'était au début du Consulat et de l'Empire. Il n'en est pas moins certain qu'il présente, avec l'extension croissante de ses attributions et la foi qu'ont en lui les esprits modernes, une organisation en regard de laquelle il est enfantin de placer celle de l'individu, molécule isolée en présence d'une masse énorme. Le droit privé, eu égard aux obligations qui pèsent sur l'Etat moderne, eu égard à la mission que beaucoup de bons esprits assignent à ce groupement, devient une base souvent incertaine et inexacte ; nous ne pouvons que l'abandonner (2).

(1) Il s'agit là de la conception sociale des rédacteurs du Code civil, et non de ce qui a pu exister réellement en 1804 ou aujourd'hui.

(2) Ce n'est pas que nous voulions dire que le Droit public doive s'élaborer à côté et en dehors du Droit privé. Il nous semble au contraire qu'il lui fera des emprunts de plus en

a) Pouvons-nous fonder la responsabilité de l'Etat sur la notion contractuelle que nous exposons au début de ce chapitre. Nous ne le pensons pas. Si de l'existence du contrat social on peut déduire des règles applicables aux hommes entre eux, il est difficile d'en déduire des règles applicables entre l'individu et l'Etat. Car les obligations primitives imposées à l'Etat par les individus ne peuvent rester les mêmes au cours des siècles et changer avec les exigences de la civilisation. L'Etat a été institué surtout pour un but de défense extérieure et de sécurité intérieure. Actuellement on réclame de lui mille et un services entièrement différents de ceux qu'on lui demandait d'abord, sans l'exonérer cependant des anciens qu'il doit continuer de rendre ; il faut donc admettre que les obligations de l'Etat changent sans cesse. Le contrat entre les hommes et le gouvernement primitif est-il nové ? Est-il résolu ? On ne peut faire du contrat social la base du droit public. Tout ce qu'on peut dire, c'est que dans l'ignorance des clauses de l'accord primitif, il est équitable de penser qu'on doit l'interpréter dans le sens

plus larges. Si l'administration est l'exercice des droits des personnes administratives ; ce sera par des matériaux sans cesse empruntés à la pensée juridique civile qu'elle édifiera ses théories de la personnalité ; des biens, des modes d'acquérir. Elle modifiera à son usage personnel des conceptions restées traditionnelles pendant tant de siècles, parce qu'elles sont en quelque sorte la philosophie du droit ; le résultat des investigations de la raison pure dans cet ordre particulier des connaissances. C'est ainsi qu'en matière de responsabilité, la jurisprudence administrative qui a rejeté l'application de l'article 1382, a cependant conservé le principe de justice duquel il découle et en fait l'application.

le plus juste et le plus rationnel et qu'il n'est ni juste ni rationnel de penser que la destination de l'Etat doit être de préjudicier fautivement à ses membres. Mais de là à voir une rupture précise et nette du pacte social donnant ouverture à des dommages-intérêts dans l'acte fautif de l'Etat, il y a bien loin.

Au surplus, il y a bien longtemps que la théorie du contrat social a été dénoncée par les juristes. La sociologie a nettement établi que l'autorité, la force sont les véritables génératrices du droit. L'association a été d'abord coercitive. La famille primitive s'est formée par le rapt et l'esclavage ; les familles se sont groupées en tribu sous l'autorité patriarcale. Et c'est peu à peu que le pouvoir social, d'abord énergique et concentré, a laissé échapper au cours des temps ses antiques prérogatives. Aujourd'hui les groupes ou les individus mis en tutelle par les organisations anciennes sont émancipés ou ont bénéficié de la protection juridique. Le système de la subordination des individus à la cité a fait place à celui du gouvernement de la cité par les individus. Tout ce qu'on peut savoir des origines primitives est exclusif du contrat social. (Gide, *Cours d'économie politique* ; Charment, *Socialisation du droit*.)

b) Quel choix y a-t-il lieu de faire entre ces deux théories que nous exposons ?

A dire le vrai, il n'y a pas de choix à faire, il faut les repousser l'une et l'autre puisque ni l'une ni l'autre ne peuvent convenir. Ce n'est pas sur le droit privé qu'on peut s'appuyer pour fonder la responsabilité de l'Etat, ce n'est pas davantage sur la doctrine du contrat social. Toutefois, si nous laissons de côté la théorie, la construction en forme, il nous est loisible de choisir entre leurs principes, entre leur point de départ. Or, le point

de départ de la théorie des civilistes nous semble préférable à celui des partisans du contrat social. La notion d'équité et de justice est une idée *a priori* que l'homme sous toutes les latitudes tend à réaliser. Elle est un produit purement humain. Au contraire, l'existence du groupe social est un fait susceptible de se réaliser sous mille modalités différentes ; c'est surtout un fait naturel. Or c'est une de nos convictions juridiques puisées dans l'enseignement de M. Edmond Picard, que le Droit, produit subjectif de l'intelligence humaine, est destiné à harmoniser, à corriger, à détruire parfois le fait tel qu'il résulte de la loi naturelle. Nous croyons que les institutions juridiques ont pour but d'améliorer les iniquités naturelles, de faire à tous les hommes, quelle que soit leur capacité intellectuelle, physique ou économique, une condition à peu près égale, de remplacer la lutte pour la vie et la sélection, qui sont les régulatrices de la nature, par des principes de solidarité et d'aide mutuelles.

« Il semble, dit M. Picard (*Le Droit pur*, 411), qu'il y ait en cela un désaccord entre le Droit et la nature. Celle-ci se révèle pleine d'iniquités apparentes, nous sommes enclins à la déclarer neutre, indifférente, amoral, illogique, incohérente dans ses rapports avec nous. Le Droit est alors la suprême police des instincts désordonnés des passions et des forces naturelles hostiles (1). » De deux règles de Droit, il est donc plus sûr et plus conforme à la destination même de la science juridique de

(1) Sous une forme littéraire. M. Picard a développé la même idée dans ses *Scènes de la Vie judiciaire*. (La forge Roussel). Moeterlink expose également cette idée, mais plus au point de vue de la morale qu'à celui du droit dans « *Le Temple enseveli* ».

choisir celle qui se fonde sur une notion morale *a priori* que sur un fait naturel.

Nous estimons donc que la responsabilité de l'Etat pour fautes est basée, comme l'indique la jurisprudence, non sur un texte de droit positif, mais sur un principe d'équité qui peut se formuler comme suit : tout dommage imputable à l'activité fautive de l'Etat oblige celui-ci à réparation. Selon nous, la jurisprudence en prenant pour base de ses décisions un principe a été plus heureusement inspirée que si elle avait voulu se déterminer d'après un texte. Il est toujours plus difficile d'interpréter un texte que d'appliquer un principe. Les particuliers trouvent dans cette décision des tribunaux une règle beaucoup plus protectrice ; sans doute cette idée, nous le verrons, à propos des responsabilités que l'Etat peut encourir en dehors de toute faute, n'est pas toujours à l'abri de toute critique, et des auteurs éminents se sont refusés à voir en elle le principe de la réparation de dommages extraordinaires ou des risques, par contre sur le terrain particulier où nous nous sommes placé, elle nous paraît satisfaisante.

CHAPITRE III

APPLICATION DU PRINCIPE AUX DIVERS ACTES DE L'ÉTAT

La doctrine moderne, lorsqu'elle analyse les différentes formes de l'activité de l'Etat, classe les actes de ce dernier en quatre catégories principales : actes de gestion, actes de puissance publique, actes discrétionnaires

res, actes de gouvernement. La responsabilité de l'Etat doit-elle être la même pour chacun de ces actes ou bien doit-elle varier avec chacun d'eux ? Après quelques hésitations la jurisprudence a fini par admettre l'affirmative. L'Etat serait responsable lorsqu'il s'agit d'actes de gestion, il ne le serait pas lorsqu'il s'agit de puissance publique. Quant aux difficultés particulières créées par le caractère discrétionnaire ou gouvernemental de certains actes, ce sont des difficultés relatives au contentieux d'annulation et non au contentieux de pleine juridiction duquel relèvent les questions de responsabilité. D'autre part, les actes discrétionnaires et de gouvernement seront, soit des actes de gestion, soit des actes de puissance publique, et suivant qu'ils rentrent dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories, on leur en appliquera les règles respectives. La seule observation à faire est que l'acte discrétionnaire engagera rarement la responsabilité pour faute. En effet, la faute est un manquement au droit ; l'Etat qui fait un acte laissé à sa discrétion et qui peut s'abstraire de toutes les obligations que les textes et le droit coutumier lui imposent, ne commet pas une faute en violant les droits privés dans les hypothèses où le droit du particulier est subordonné **au sien**. **Et comme la faute est la source principale de la responsabilité, que la réparation des dommages causés par l'Etat n'intervient qu'exceptionnellement en dehors d'elle, l'observation a son importance.** Quant aux actes dits de gouvernement, on pourrait peut être déduire de l'impossibilité de les annuler, l'impossibilité correspondante de fonder sur eux une action en dommage ; mais, d'une part, et malgré que cette corrélation soit séduisante, elle

souffre cependant quelque difficulté logique (1) ; et, d'autre part, la jurisprudence semble avec raison vouloir supprimer par voie d'extinction la plupart des actes réputés de gouvernement ; pour ces diverses raisons nous ne ferons pas une étude particulière des actes discrétionnaires et des actes de gouvernement dans leurs rapports avec la question de la responsabilité.

I. — Actes de gestion

Restent donc les deux catégories principales : actes de gestion, actes de puissance publique. L'Etat a deux modes principaux de vouloir et d'agir, tantôt il fait ce que chacun des citoyens a le droit de faire et s'oblige dans la mesure où ceux-ci peuvent s'obliger ; tantôt, au contraire, il fait ce qu'aucun citoyen ne pourrait faire, il commande, il contraint, il impose aux particuliers des obligations de faire, dont la violation n'entraîne pas condamnation à des dommages, mais à une peine qui consiste pour l'individu à faire quelque chose de pénible ou de réputé infamant. Lorsqu'il se comporte comme un particulier, on est d'avis qu'il faut le traiter comme tel et feindre de ne pas voir la puissance publique dont il est revêtu d'ordinaire et dont il semble se

(1) *a*) Opinion de M. Tissier. — Sous un arrêt rapporté au Dalloz, 1905-3-19. « Pourquoi ne pas passer de l'annulation de l'acte à la responsabilité. »

b) Opinion de M. Perreau. — Sous un arrêt rapporté au (Sirey, 1904-2-169). L'autorité judiciaire est compétente pour prononcer la mise en liberté d'un pseudo-aliéné (annulation du 1^{er} acte). Ne sera-t-elle pas compétente à fortiori pour prononcer des dommages. (*Accessorium sequitur principale*).

dépouiller par instant, le droit privé lui est appliqué ; les tribunaux judiciaires sont compétents ; on dit que l'Etat fait des actes de gestion.

L'Etat se comporte comme un particulier lorsqu'il gère son patrimoine privé, lequel lui procure des revenus. Pour la gestion de ce patrimoine, il vend, il emprunte, il contracte. Son activité, sa responsabilité sont à ce moment celles d'un particulier ordinaire. Les articles 1382 et suivants pourraient définir sa responsabilité.

II. — Actes de gestion des services publics

Malheureusement, les actes de gestion de l'Etat ne sont pas toujours destinés à administrer son domaine privé ; la plupart d'entre eux concourent au fonctionnement de quelque service public : instruction publique, service militaire, police générale, etc., etc., et sur le caractère propre de ces actes, on peut discuter très longtemps. Veut-on un exemple. Un soldat va faire promener un cheval appartenant à l'Etat ; ce cheval est un bien meuble, faisant partie du patrimoine de l'Etat, les soins qu'on lui donne (nourriture, entretien, sorties, etc.,) ont pour but d'entretenir dans un parfait état l'animal et d'obtenir de lui les services qu'il doit rendre ; c'est donc à première vue un acte de gestion d'un bien meuble ; mais par ailleurs c'est aussi l'exécution d'un ordre donné par l'autorité, et cet ordre sera exécuté en vertu de la puissance publique que cette autorité détient. On ne peut pas soutenir sérieusement que le conducteur du cheval soit le préposé de l'officier qui lui a donné ses ordres. Cet ordre a été donné et exécuté en vertu de la subordination étroite, réglementaire qu'im-

pose la hiérarchie militaire, et c'est dans l'obéissance due au règlement, et non dans un contrat de préposition absolument inexistant, qu'il faut trouver le mobile de l'activité du soldat. Ainsi à l'analyse, les actes de gestion de service public se révèlent-ils empreints de quelque chose d'autoritaire. « Dans la voie de gestion, » dit M. Hauriou, la puissance publique n'abdique pas » son caractère. Cela explique la compétence administrative à laquelle sont dévolus certains actes de gestion, vente des domaines nationaux, marchés de fournitures. Même dans les actes de gestion contractuels, » il n'y a pas la situation d'égalité qui est le propre de » la vie privée, il s'y manifeste au contraire une inégalité et une subordination qui sont la caractéristique » de la puissance publique (1). » Et à bien examiner la situation, ces solutions paraissent logiques. Si c'est le but envisagé et non la forme extérieure qui donne à l'acte son caractère propre, il est incontestable que la grosse majorité des actes de gestion, ceux faits en vue d'un service public, ont pour but lointain l'accomplissement de quelque acte d'autorité. L'Etat qui, pour nourrir, vêtir, loger sa gendarmerie, sa force publique, fait des actes de gestion par milliers, contracte avec l'intention de mettre plus tard en œuvre ses droits de puissance publique. L'Etat qui traite avec un citoyen pour faire de lui un engagé volontaire songe évidemment à faire de celui-ci un agent de son autorité. Le mobile de l'acte devra influencer sur l'acte de gestion et le transformer.

(1) Hauriou. — La gestion administrative, p. 7 et suivantes, p. 75.

Cette notion des actes de gestion des services publics aboutit en définitive à faire abstraction de l'élément gestion et à mettre au premier plan l'élément autorité. Mais si les actes de l'Etat doivent ainsi être considérés comme des actes de puissance publique, à quoi bon un principe de la séparation des autorités, à quoi bon la dévolution à l'autorité judiciaire de certains litiges de droit administratif. La formule de cette séparation est principalement donnée par la distinction en actes de gestion et actes de puissance publique ; si la distinction n'est imposée plus, la séparation pas davantage. Tout litige élevé contre l'Etat et un particulier sera soumis à l'autorité administrative. En définitive on finit par attribuer à « l'Herrschaft », à la puissance publique toutes les manifestations de la vie de l'Etat, car d'une part l'Etat fait des actes de simple gestion pour assurer sa vie politique et juridique, et sa vie juridique et politique tend d'autre part à satisfaire les besoins collectifs ; on arriverait donc à dire que tous les actes de l'Etat qui tendent à satisfaire les besoins collectifs, encore que ce soient à l'origine de purs actes de gestion, deviennent par une sorte de cause finale actes de puissance publique, et même par un abus semblable, actes de gouvernement. Nous croyons donc que c'est à la nature de l'acte exercé par l'Etat qu'il faut se référer et non point au mobile en vertu duquel il a agi : s'il commande, s'il impose il y a acte d'autorité ; s'il traite ou contracte, et sauf loi contraire, il y a acte de gestion.

Lorsqu'en d'ailleurs il s'agit de préciser cette notion d'actes de gestion des services publics, on se trouve en présence d'un singulier embarras ; d'une part, il est sans doute facile de séparer l'acte de gestion du domaine privé de l'acte de gestion du service public, mais il est

moins aisé d'établir une distinction entre ce dernier et l'acte de puissance publique. Les actes de gestion, dit M. Hauriou (1), ne sont pas, comme des retardataires continuent à le prétendre, relatifs à « l'administration du domaine privé ou à l'Administration par des moyens privés », ce sont au contraire « les actes d'exécution des services publics » ; finalement, « les actes de puissance publique ordinaire se confondent avec les actes de gestion » ; on ne peut isoler que les actes réglementaires. La catégorie des actes de puissance publique comprendrait dès lors : 1° les actes de souveraineté absolue (2), contre lesquels aucun recours ne serait possible et qui n'engendreraient aucune responsabilité ; 2° les actes de puissance publique tels que actes réglementaires, actes juridictionnels (3), contre lesquels des recours seraient possibles ; 3° les actes d'exécution *per imperium* des services publics qui eux rentreraient normalement dans le contentieux de pleine juridiction et dans celui de la responsabilité, par exemple, injonctions de police qui concourraient à l'exécution d'un service d'ordre, ordres hiérarchiques ou sanctions disciplinaires qui concourent à l'exécution du service du personnel. « Et, en effet, à l'égard du service public, au fonctionnement duquel ces injonctions et ces ordres concourent tous les sujets qui ont intérêt à la marche du service public sont dans la situation de gens dont l'affaire

(1) Hauriou. — Note sous Sirey, 1904-3-121.

(2) Actes législatifs. — Actes réglementaires du chef de l'Etat, pris en vertu d'une délégation de la loi.

(3) Ceux au moins qui sont susceptibles de donner lieu à une indemnité (loi de 1895).

» est gérée ; si elle est mal gérée, ils ont droit à des dommages-intérêts de la part du gérant d'affaires, même si
» ce gérant est la puissance publique. Tant pis pour
» celle-ci, elle n'avait qu'à ne pas se charger du service.
» En assumant un service qui devient un élément du
» commerce juridique universel et sur lequel en bonne
» foi celui-ci a le droit de compter, elle assume une responsabilité. En conséquence, partout où il y aura
» fonctionnement d'un service administratif organisé ou
» opération liée à ce fonctionnement, toutes les fois que
» l'opération posera la question bonne ou mauvaise
» du service ou de l'opération, il y aura contentieux
» de pleine juridiction et possibilité d'indemnité. »

CRITIQUE. — Cet exposé fort net aboutit à considérer comme actes de gestion les actes de puissance publique, à établir entre ces derniers une hiérarchie dans les degrés de laquelle il sera très facile de faire rentrer tel ou tel acte de la pratique, à faire voir que le caractère de puissance publique ne soustrait pas nécessairement l'Etat à la responsabilité qui peut peser sur lui. Mais la controverse n'est pas pour cela épuisée ; l'accord n'est pas fait entre les partisans de cette doctrine. Sur la question de savoir quels actes de puissance publique peuvent être considérés comme procurant l'exécution des services publics et engendrant la responsabilité de l'Etat, et quels autres au contraire doivent rester isolés comme manifestant la souveraineté qui n'a pas à répondre de ses actes, il règne une grande divergence. La responsabilité de l'Etat, dit M. Tissier, commissaire du gouvernement dans l'affaire dont la solution inspire la note de M. Hauriou, n'est pas engagée

par les actes de souveraineté, savoir les actes législatifs, les actes réglementaires, les actes de gouvernement, les actes juridictionnels (sous la réserve cependant de la loi de 1895). Or, répond M. Hauriou, cela n'est pas exact, sont seuls actes souverains et exempts de responsabilité les actes législatifs ou les actes de gouvernement, puisque des recours sont ouverts contre les actes réglementaires et contre les actes juridictionnels. En définitive, la théorie n'aboutit pas à des solutions nettes. Et cela se comprend. Les auteurs dont nous parlons et la jurisprudence dont ils s'inspirent ont voulu pouvoir atteindre l'acte de puissance publique, à raison duquel l'irresponsabilité de l'Etat avait été trop souvent proclamée. Dans ce but, on a créé la notion d'acte de gestion du service public. Une fois cette notion admise, la jurisprudence pouvait dire : Il est équitable de réparer tel dommage ; je puis le faire ; il me suffira de déclarer que cet acte est un acte de gestion des services publics. Telle autre réparation n'est pas d'équité impérieuse, je ne l'ordonnerai pas et je déclarerai que c'est un acte de puissance publique. Nous pensons, et c'est l'idée maîtresse de cette partie de notre thèse, que la puissance publique n'est pas susceptible de tant de ménagements. Que s'il appartient à l'ordre public de faire exécuter sans discussion les ordres que donne l'Etat lorsqu'il accomplit sa mission collective, ce même Etat ne saurait se dérober cependant à l'obligation de réparer le dommage qui en résulte. La réparation du dommage injuste est même selon nous le meilleur moyen d'obtenir l'obéissance. L'irresponsabilité de l'Etat est non seulement un déni de justice, c'est encore une faute de politique intérieure.

Nous ne nous étendrons donc pas sur la responsabilité

que peut encourir l'Etat à raison de ses actes de gestion purs et simples, personne ne pense à l'en exonérer, nous étudierons seulement quelle responsabilité pourrait incomber à l'Etat à raison de ses actes de puissance publique. A dire vrai, sa responsabilité ne doit pas **varier**. Dans l'un comme dans l'autre cas, il doit être responsable puisque c'est l'équité qui l'oblige ; il est toujours équitable d'ordonner la réparation, quel que soit le mode particulier d'activité qu'on lui reproche. *A priori*, il n'y a pas de raison qui l'autorise à décliner sa responsabilité. Mais un très grand nombre d'objections ont été élevées contre une telle extension de la règle et il nous faudra bien les passer en revue.

III. — *Actes de puissance publique*

L'acte de puissance publique est celui par lequel l'Etat manifeste son droit de commander. Tout acte de l'Etat qui contient injonction, inhibition est un acte d'autorité ou de puissance publique. Ces droits particuliers sont ceux qui caractérisent spécialement la personne morale du droit public. Les particuliers n'ont entre eux aucun ordre à recevoir de leurs concitoyens, les obligations même qu'ils ont contractées, les uns vis-à-vis des autres ne sont résolues en principe qu'indemnitairement (1). Ainsi le veulent nos principes d'égalité civile. Au contraire, l'on admet que l'Etat ait le droit de commander aux citoyens, on admet que les obligations de ceux-ci envers celui-là puissent se résoudre en droits de

(1) Exception. — Obligations privées des inscrits maritimes sanctionnées pénalement.

coercition et de contrainte. Et cette activité particulière dont l'exercice lui est légitimement reconnu est, elle aussi, une des meilleures preuves que l'on puisse donner de sa personnalité, car l'Etat jouit de droits plus caractérisés que ceux des citoyens qui ont concouru à le former.

L'Etat dans son activité particulière de puissance publique, dans les ordres qu'il donne, dans les défenses qu'il fait, dans les mesures d'exécution qu'il prend de vive force vis-à-vis des citoyens, doit-il être responsable? L'est-il dans notre droit positif français?

Si l'équité est le fondement du droit particulier, il est certain que peu importe la nature de l'acte qui occasionne le préjudice. Si l'Etat commet par ses organes des fautes, il est équitable que la victime en obtienne réparation « Il faut, dit Gierke, déclarer l'Etat, les com-
» munes et les autres corporations de droit public res-
» ponsables, d'après les règles du droit privé, du dom-
» mage causé par la faute de leurs organes dans l'exer-
» cice de la puissance publique. Car il ne s'agit pas nul-
» lement là d'une responsabilité spéciale d'après le
» droit public. Au contraire cette responsabilité se tire
» des *principes du droit privé* qui dans le doute sont ap-
» plicables à ces personnes morales. » Nous ne vou-
lons point dire par là que les articles 1382 et suivants
sont les fondement de cette responsabilité que la juris-
prudence a longtemps méconnue, nous voulons dire que
la jurisprudence ayant dégagé par l'analyse des textes
un principe supérieur de justice et d'équité, conforme à
la loi morale, satisfaisant le droit naturel, il est souve-
rainement illogique de faire une distinction parmi les
actes de l'Etat et d'appliquer ce principe aux uns et de
ne pas l'appliquer aux autres. Si le droit public est
l'exercice des droits des personnes administratives, il

est aussi la règle qui mesure leurs obligations, et cette règle empruntée aux formes juridiques voisines oblige tout entière ces personnes ou ne les oblige pas. « Le droit » public, dit Meucci, n'est pas une sphère d'immunité » et d'inviolabilité, une antithèse du droit privé, il n'est » pas autre chose que l'application du droit aux rap- » ports de l'Etat, lequel est soumis, comme tout autre » être juridique, à la règle de la coexistence et de l'har- » monie des droits. Le principe qu'il n'y a pas de droits » contre le Droit réglant le domaine juridique tout en- » tier, il s'ensuit que l'Etat, libre tant qu'il reste dans » sa sphère d'action légitime, s'il en sort et offense le » droit d'autrui, doit réparation. » (1)

A côté de cette doctrine l'on enseigne et l'on soutient que l'irresponsabilité de l'Etat est au contraire fondée en principe. Si l'on voulait admettre que pour des raisons pratiques il est difficile de déclarer l'Etat responsable, on pourrait peut être suivre les auteurs dans cette voie, mais nous trouvons singulier de poser en principe une « justification de la règle que l'Etat ne peut pas être » condamné à la réparation des dommages que ses ac- » tes de puissance publique ont causés aux particu- » liers », alors que le bon sens et l'équité naturelle donnent à cette règle un énergique démenti. L'Etat, dit-on, existe pour commander aux individus, c'est son rôle

(1) L'acte de puissance publique, dit M. Berthélemy (dans son « Traité élémentaire du Droit administratif », p. 45), c'est l'exercice normal du pouvoir souverain, les torts causés par le souverain ne se réparent pas. Nous estimons que des formules de ce genre n'ont rien d'évident par elles mêmes, une démonstration ne serait pas de trop. (Brémond. *Revue critique*, juin 1900, p. 312.)

primordial. Or, s'il commande, ses actes ne doivent pas être soumis aux revendications continuelles des particuliers. On pourrait chicaner sur le principe et faire observer que l'autorité de l'Etat sur les particuliers est plutôt un moyen qu'une fin et que l'Etat est institué suivant la conscience moderne pour d'autres fins que celles du commandement. Mais même en admettant cette conception toute militaire du rôle de l'Etat, ne voit-on pas que l'obéissance qui lui est due et n'est pas en cause, et que ce qui est en cause c'est le préjudice que cette obéissance a déterminé (1). La loi et la force sont pour l'autorité sociale ; le particulier ne peut guère s'y soustraire. Munie de l'ordre des organes de l'Etat, la force publique fera exécuter, *manu militari* s'il y a lieu, l'ordre prescrit. L'obligation que l'Etat impose aux particuliers est en principe une obligation de faire. Si le particulier reçoit l'ordre de circuler sur la voie publique et qu'il ne circule pas, on le fera circuler de force. Au besoin on remplacera son obligation de faire actuelle par une obligation plus dure : le soldat indiscipliné sera soumis à un régime plus rigoureux, mais toujours l'obéissance sera assurée par la contrainte ; dans ces conditions la réclamation ne doit-elle pas être permise au citoyen qui a obéi ? (2) Par hypothèse, l'ordre de l'Etat est, sauf rébellion ou recours, un ordre exécuté ; en quoi la ques-

(1) Voir dans ce sens Zachariæ, Rapport du 4^e congrès des juristes allemands.

(2) La jurisprudence a fait de cette distinction entre l'acte de puissance publique et le dommage qui en résulte, des applications très heureuses dans des matières un peu spéciales. Elle décide par exemple que les classements,

tion réparation civile diminuera-t-elle son prestige ? Elle ne peut selon nous que l'augmenter. Le particulier, certain de voir son dommage réparé, subira sans répugnance les pires illégalités (1). Qu'on ne perde pas de vue dans toute cette discussion que l'on est en présence d'une faute, d'un manquement au droit (2), de la méconnaissance de quelque liberté et qu'il s'agit de conférer à son auteur dans l'opinion contraire à celle que nous soutenons une certaine « infaillibilité pratique » (3). Or, cette idée de l'infaillibilité d'une personne humaine, quelle que soit la haute mission sociale ou autre de la collectivité qu'elle représente est la pire des fictions. La volonté de la personne morale, nous l'avons vu, est susceptible comme toute volonté humaine d'erreur et de malveillance. Les organes qui incarnent cette volonté sont en tant qu'hommes faillibles ; en tant que représentants de groupe, ils peuvent être trompés ou malveillants comme la collectivité qu'ils incarnent.

Selon nous, ce privilège exorbitant que l'on veut conférer à l'Etat ne se justifie que par la plus condamnable des traditions. L'autorité sociale, *produit de la différenciation sociale des forts et des faibles dans une société*

déclassements, délimitations qui portent atteinte aux droits réels des particuliers au profit du domaine public seraient maintenues à raison de leur caractère d'autorité, mais qu'indemnité sera allouée aux particuliers.

(1) Ce n'est cependant pas là une perspective qui séduise tous les esprits, nous nous en expliquerons plus loin, p. 178, parag. 2.

(2) Voir dans ce sens Le combat pour le droit de E. Picard, *op. cit.*

(3) L'expression est de M. Hauriou.

donnée, n'a jamais voulu laisser discuter sa souveraineté, ni se laisser convaincre de faute. Il y a derrière cette règle je ne sais quel reste de superbe féodale et quel mépris de la personnalité humaine dont on retrouverait aisément la formule dans Beaumanoir : « Si un des serfs sont si soubjects à lor' seigneur que lors sire pot penre quanque ils ont, à mort et à vie..., *soit à tort, soit à droit* et n'en est tenu de répondre fors à Dieu ». Les actes de souveraineté, d'autorité ayant été aux diverses époques de notre histoire toujours rapportés à la personne royale, et celle-ci dans l'exercice de son « office » ayant été considérée comme représentant la volonté divine, on ne pouvait admettre aucune discussion sur leurs conséquences dommageables (1). Mais de nos jours, les opinions sur la souveraineté sont sensiblement différentes et nous considérons l'autorité comme limitée par le droit. C'est donc précisément dans les hypothèses où elle a le plus tentation de s'y soustraire que l'effort des juristes doit tendre à l'y replacer le plus énergiquement.

Les objections de détail ne manquent pas à la thèse que nous soutenons. On a dit d'abord que la résistance à l'ordre illégal était en principe juste, qu'il ne fallait pas laisser entreprendre l'Etat sur le domaine des libertés publiques. Or, en déclarant l'Etat responsable, on énerve dans son origine même la résistance des particuliers. Ceux-ci, certains d'un dédommagement pécuniaire, seront sans virilité devant les abus de l'autorité publique. L'objection nous touche peu. C'est un moyen de défense contre les abus bien dangereux que celui qui consiste à organiser la rébellion chez le citoyen, même si celui-ci

(1) Rapport de M. Tissier, *op. cit.*

agit par voie juridique, recourt en annulation de l'acte incriminé ; il y aura des cas où l'annulation de l'acte de puissance publique intervenue longtemps après les faits litigieux n'aura qu'une valeur d'ironie en présence du dommage résultant du fait accompli. De plus le particulier ne sait toujours pas exactement jusqu'où vont les pouvoirs et les droits de l'Etat. Son premier mouvement, instinctif, réflexe, sera toujours de résister, or ce faisant il risquera de s'opposer à un acte légitime, à s'exposer à toutes sortes de tracasseries administratives, sans en définitive aboutir à rien. La paix sociale aura été inutilement troublée. Au contraire, pouvant rechercher la responsabilité de l'Etat, il restera calme, fera ses réserves, établira le préjudice, le fera constater, et en demandera plus tard réparation.

On a encore fait remarquer que proclamer la responsabilité de l'Etat à raison de la faute commise, c'est abandonner le particulier à son malheureux sort lorsqu'il a à souffrir d'une omission. Zachariæ déclare que dans ce cas la responsabilité civile de l'Etat est des plus douteuses. Cette objection n'a pas embarrassé les partisans de la responsabilité civile de l'Etat. Voici comment ils raisonnent : Le fondement de la responsabilité de l'Etat est dans le devoir d'obéissance aux fonctionnaires qui incombe aux particuliers. Il faut que les prescriptions des fonctionnaires soient respectées, sauf à discuter après coup leur légalité. L'Etat garantit donc aux particuliers que les dommages causés par l'activité fautive de ses agents et par l'obéissance passive de ses citoyens seront réparés ; cette responsabilité doit être admise, même lorsque la faute consiste dans une omission ; il semble paradoxal de parler d'obéissance à une omission, mais à bien y réfléchir, il est évident que les citoyens sont

obligés de laisser l'administration accomplir les fonctions qui lui sont confiées par la loi, et qu'ils ne peuvent prétendre à substituer leur activité à la négligence du fonctionnaire, celui-ci ayant un droit subjectif à voir respecter par les tiers sa compétence particulière. Les citoyens qui souffrent de cette négligence, respectent néanmoins ce droit subjectif, obéissent à la loi qui réservait l'action du fonctionnaire ; ils doivent en équité être garantis des conséquences de leur obéissance, et la responsabilité de l'Etat n'est qu'une des formes de cette garantie.

M. Roger déclare que l'irresponsabilité de l'Etat, à raison des actes d'autorité, est celle qui sauvegarde le mieux les intérêts de l'administration ; nous le croyons sans peine ; mais il ajoute qu'elle est la plus favorable aux intérêts des citoyens et il s'en explique ainsi : « S'il est utile que le fonctionnaire soit obéi sans résistance et s'il est vrai que la perspective d'être dédommagé du préjudice causé par la faute de l'administration ait pour résultat d'obtenir plus facilement cette obéissance, c'est seulement dans les cas où la faute est grave, car alors la résistance a des chances très sérieuses d'être considérée comme légale. » M. Roger confond deux choses qui méritent d'être distinguées : la faute du fonctionnaire et le taux du dommage. Il n'est pas démontré que les fautes les plus lourdes entraînent les dommages les plus graves pour le particulier, ni que les fautes les plus légères soient sans répercussion sur le préjudice éprouvé. Or, ce qui causera la grande irritation et la résistance du particulier, c'est la quotité du dommage éprouvé ; la qualité de la faute n'entrera comme déterminant de sa conduite qu'en deuxième ligne. Une erreur de calcul est certes une faute légère, des spécialistes tels que des astro-

nomes en commettent, elle peut avoir au point de vue des dommages des conséquences considérables. L'erreur du préfet, qui a amené une commune à compter sur des taxes auxquelles elle n'avait pas droit (1), a bouleversé tout le régime de la comptabilité publique de cette commune, imposé des retards de paiement aux fournisseurs, a désorganisé entièrement l'administration municipale, a fait éclore spontanément sur les livres des adversaires politiques de la municipalité le reproche d'incapacité administrative, et cependant on ne peut guère prétendre qu'il y ait dans une erreur de cette nature une de ces fautes lourdes qui s'assimilent au dol : nous concluons qu'il n'y a pas à distinguer entre les fautes commises. Les particuliers peuvent éprouver une très vive irritation des dommages causés et par les uns et par les autres. La responsabilité de l'Etat doit être proclamée dans tous les cas pour calmer par avance cette irritation. Si d'ailleurs ultérieurement on démontre que la faute est une faute lourde, rien n'empêchera de l'imputer à l'homme, et non à l'organe, et de le poursuivre personnellement. L'important est que le particulier soit certain de pouvoir s'en prendre à quelqu'un du préjudice qu'il éprouve. M. Roger dit encore que l'on doit laisser aux fonctionnaires chargés d'exercer les droits de puissance publique beaucoup d'initiative et d'indépendance, il ne faut pas que l'Etat soit intéressé à diminuer chez eux cet esprit d'initiative et cette liberté d'action si nécessaires à une bonne administration. Nous sommes d'accord avec lui, mais puisque les fonctionnaires par leur faute légère n'entraîneront que la responsabilité de l'Etat, il est très clair que

(1) Dalloz, 82-3-101.

leur action sera aussi libre que possible, qu'il leur sera laissé « une certaine tolérance d'erreur ». Craint-on que cette initiative ne soit paralysée par des revendications injustes. C'est là une crainte vaine, dans notre hypothèse, le particulier ne réclame qu'après avoir obéi. Etre responsable ne signifie pas que l'on soit retardé ou impuissant, puisque la question responsabilité ne se pose guère qu'en présence d'un fait accompli. Ces recours du particulier sont donc peu à craindre, les frais à engager, si le droit est douteux, sont de nature à le faire réfléchir. Enfin, si les poursuites de ce genre se multipliaient par trop, on aurait toujours la ressource de rendre l'action *periculosa* (indication du décret de 1870).

M. Michoud et M. Roger disent encore : il y a un point qu'il ne faut pas oublier, le premier intérêt du particulier lésé par un acte de puissance publique est d'obtenir l'annulation ou la réformation de cet acte, l'intérêt qu'il peut avoir à faire réparer le préjudice déjà éprouvé est très important sans doute, mais secondaire si on le met en face du précédent, et il serait à craindre qu'un régime trop rigoureux de responsabilité ne tournât contre le particulier lui-même en l'empêchant par suite de la répugnance des tribunaux ou des supérieurs hiérarchiques à faire fonctionner ce régime, d'obtenir l'annulation ou la réformation à laquelle il a droit. Ainsi, dit M. Roger en commentant ce passage, la solution que nous proposons (irresponsabilité) peut paraître restrictive, au fond c'est la plus libérale. Il ne faut pas l'oublier, en effet, le recours en annulation qui a pris tant de développement grâce à la jurisprudence progressive et prétorienne du Conseil d'Etat recevrait une sérieuse atteinte si on lui imposait comme corollaire la responsabilité pécuniaire de l'Etat ou du fonctionnaire. Le Conseil d'Etat hésiterait

à prononcer des annulations qui auraient de tels résultats ; sa jurisprudence, qui a progressé par équité pour les citoyens reculerait par équité pour le Trésor public ou les fonctionnaires ; enfin est-il ajouté en note : le particulier à un recours en annulation, un recours en réformation, il peut engager une poursuite personnelle contre l'auteur de l'acte coupable d'une faute lourde, il peut invoquer la responsabilité communale (sauf pour Paris et Lyon), si le dommage provient des attroupements ou rassemblements séditieux ».

Il y a là dans la pensée de MM. Roger et Michoud, un système de garanties bien suffisantes qu'il serait impolitique d'étendre davantage.

Nous reconnaissons qu'au point de vue de l'énergie des effets des recours, le citoyen est en effet mieux protégé par une action en annulation que par une action en responsabilité. Cette annulation est en effet générale et absolue et profite à tous les tiers. Au point de vue de la solidarité sociale, cette action en nullité est même beaucoup plus recommandable qu'un recours en indemnité, puisqu'elle peut être utile à d'autres citoyens restés dans l'inaction, alors que la demande en réparation est de son essence absolument individualiste ; mais si les effets de ce recours sont énergiques et utiles aux tiers il ne s'ensuit pas que son usage soit en toutes hypothèses le meilleur moyen de défendre la liberté ou les droits du citoyen.

D'abord parce que, au point de vue juridique, le fonctionnaire pourra reprendre l'acte incriminé et lui donner meilleure forme extérieure, en le purgeant de son vice, tout en maintenant le principal de la mesure contre laquelle le citoyen a protesté. Dans les hypothèses, notamment de détournement de pouvoir, il sera facile au fonctionnaire instruit par l'expérience d'une annulation pré-

cédente, d'éviter dans sa décision et dans les circonstances concomitantes à cette décision tout ce qui serait de nature à révéler au pouvoir juridictionnel ses véritables intentions, cachées derrière la forme impeccable de l'acte. En outre, on peut très bien envisager l'hypothèse d'une sorte de duel entre le fonctionnaire et le citoyen, dans lequel le premier prendrait sans cesse des décisions illégales que le second ferait sans cesse annuler ; il est difficile de dire et de savoir si le citoyen se laisserait plus tôt que le fonctionnaire de cette lutte, surtout si l'on songe qu'il y a chaque fois des frais à exposer. Sans doute le décret de 1864 (2 novembre) dispense en certains cas des frais les plus élevés (1), mais il reste toujours des frais de timbre et d'enregistrement, sans compter les tracasseries et l'irritation que causera au requérant la perpétuelle remise en question de son droit.

Mais ces deux hypothèses ne sont pas (encore que très pratiques) les plus fréquentes ; le danger le plus grave, le plus menaçant pour l'équité, est que ce recours qui paraît compléter d'une façon si opportune le système de l'irresponsabilité de l'Etat ne suspend pas en principe l'exécution de l'acte d'autorité. L'acte d'autorité est en théorie un acte exécuté pour cela seul qu'il est ordonné. Les litiges administratifs, dit M. Simonnet, présentent en général un caractère d'urgence que n'ont point les liti-

(1) Nous faisons allusion aux honoraires des avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat. D'autre part, signalons que les frais de timbre et d'enregistrement ne sont même pas perçus s'il s'agit d'un recours contre un décret portant déclaration d'utilité publique. (Loi de mai 1841, art. 38) ou un recours prévu à l'article 88 de la loi d'août 1871, sur les conseils généraux

ges civils, aussi la loi a-t-elle admis en ce qui concerne l'effet du recours une règle différente de celle qui existe en matière contentieuse ordinaire : « Le recours au Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif s'il en est autrement ordonné. » Or, les exceptions ne sont au nombre que de quatre (1) (règlement de 1806, article 4). Voici un maire qui a ordonné la désinfection des locaux contaminés par une épidémie. Le désinfectant choisi est le lait de chaux, les agents municipaux se présentent chez la victime et se mettent en devoir d'opérer. « Mais, réclamera le pestiféré, vous ne pouvez m'imposer l'usage d'un désinfectant qui va abîmer tout ce que j'ai de précieux chez moi. Je désinfecterai, sans doute, mais pas au lait de chaux. — Nous le regrettons, mais l'ordre de l'autorité est précisément d'user de ce produit. — Mais elle n'a pas le droit de donner un tel ordre, elle est en faute si elle le donne. — Vous vous pourvoierez en annulation ; en attendant, l'intérêt de la santé publique exige que nous désinfectons. — Je n'y consentirai jamais. — En ce cas nous agirons de force. — Laissez-moi du moins retirer de chez moi ce qui est le plus important. — Impossible, vos meubles propageraient la contagion. » Croit-on que dans une telle situation il ne soit pas à regretter que la

(1) Savoir : Loi du 22 juin 1833 Article 54. Recours formé par le conseiller élu au conseil d'arrondissement ;

Ordonnance du 1^{er} août 1817. Article 117. Réglementation des droits de pacage et pâturage ;

Article 40 de la loi de 1884 Réclamations en matière d'élection au conseil municipal ;

Article 88 de la loi de 1871. Réclamations contre les décisions de la commission départementale sur les objets indiqués aux articles 86 et 87.

victime d'un tel acte ne soit pas fondée à réclamer le paiement de dommages intérêts élevés, tant pour le préjudice matériel ainsi éprouvé que pour la valeur d'affection d'objets que les fonctionnaires traitent en Vandales ; et poser ainsi la question n'est-ce pas vraiment la résoudre ?

Hâtons-nous d'ajouter que, dans la plupart des cas, les événements ne comporteraient pas des solutions aussi expéditives, ni aussi rigoureuses. En fait, il est rare qu'en présence d'un recours, l'administration ne suspende pas d'elle-même l'exécution de la décision attaquée. Toutefois, dans le cas même où l'exécution serait poursuivie, l'assemblée du Conseil d'Etat délibérant au contentieux, peut, sur le rapport de la section saisie, accorder un sursis à l'exécution (règlement de 1806, article 3, § 2).

Ainsi, le particulier qui intente un recours peut, dans une certaine mesure, compter qu'il sera protégé, mais on voit qu'il y a loin de cette protection relative à la garantie énergique à laquelle voudraient nous faire croire MM. Roger et Michoud, et une dernière considération fortifie cette manière de voir. Le recours en annulation est soumis à certaines conditions de recevabilité, notamment à des conditions de délai, il pourra donc arriver que la décision administrative de laquelle on a à se plaindre, soit depuis longtemps devenue définitive. Au contraire, une action en responsabilité verrait son délai courir à dater du jour des dommages, elle serait donc pour le citoyen diligent une arme solide et toujours opérante. Nous ne pouvons donc accepter la thèse de M. Roger, lorsqu'il prétend que l'irresponsabilité de l'Etat en matière de puissance publique est préférable à tout autre système et que c'est celui qui protège le mieux les ci-

loyens. Cette opinion est plus qu'un paradoxe, comme il semble qu'elle le soit de l'aveu même de son auteur : c'est une inexactitude.

M. Bailby, dans sa thèse, présente une doctrine beaucoup plus défendable. Il constate que d'abord le droit privé est inapplicable à l'Etat, en matière d'actes de puissance publique, alors que ce droit privé, au contraire, est à la base de la responsabilité pour acte de gestion ; on pourrait à la rigueur trouver dans le droit public la base de la responsabilité de l'Etat. Il suffirait de remarquer qu'elle découle d'« une situation d'état ». L'exercice de la puissance publique est un fait nécessaire, mais l'Etat à l'obligation de n'imposer son imperium que dans la mesure où l'exige l'accomplissement de sa mission. Au delà, il viole le droit et doit être responsable. Au surplus, les citoyens sont tous égaux ; si l'un supporte plus que les autres les dommages causés par l'activité de l'Etat, l'Etat manque à sa mission et doit réparer, en équité, les maux qu'il a causés et qui ne doivent pas rester définitivement à la charge de quelques-uns. Mais il y a une raison prépondérante pour ne pas accueillir une théorie de ce genre, c'est que l'on ne peut obliger autrui qu'en vertu d'un texte ou de son consentement (1). Or ici il n'est pas question de consentement et les textes sont plutôt contraires à la doctrine de la responsabilité de

(1) Il y a cependant à cette règle des exceptions. Ex. : Un créancier d'un failli peut se voir imposer par la majorité en nombre et en sommes de l'assemblée de créanciers, l'abandon d'une partie de ses droits, le groupement de sujets de droits, ou la solidarité établie entre eux, par la loi peut avoir pour effet de détruire la règle individualiste posée par M. Bailby, et y substituer des règles majoritaires.

l'Etat, chacun d'eux considérant comme exceptionnelle la responsabilité qu'ils ont proclamée dans certains cas particuliers. D'ailleurs, être obligé, ce n'est pas être responsable. Pour passer de l'obligation à la responsabilité, il faudrait un texte comme celui de l'article 1142 du Code civil. Mais on sait qu'en cette matière, le droit privé est inapplicable ; comment conclure ? si ce n'est à l'irresponsabilité de l'Etat.

De toute cette théorie, il ne subsiste que l'argument tiré de l'absence de textes : il n'y a pas en effet de textes qui puissent permettre de grever l'Etat d'une obligation de responsabilité. Mais nous savons que ce n'a jamais été pour la jurisprudence administrative un obstacle insurmontable. Lorsque les textes font défaut, le Conseil d'Etat y remédie par une justice prétorienne, faite d'équité et parfois de tradition. C'est ainsi qu'il a dégagé des textes du Code civil le principe de la responsabilité de l'Etat à raison de ses actes de gestion. Là où des textes existaient, il n'a pas voulu s'en servir, *a fortiori* pourrait-il déduire de l'équité une règle de droit, là où le texte n'existe pas. Quant à la présence de textes contraires ne conférant indemnité qu'à des titres exceptionnels, ils s'expliquent par le désir qu'a eu le législateur de ne pas heurter de front une jurisprudence très respectueuse des prérogatives de l'Etat ; avant que le Conseil d'Etat ne fût investi d'un pouvoir juridictionnel propre, il ne faut pas oublier que c'était le chef de l'Etat qui était le juge du contentieux administratif. Le législateur ne pouvait, surtout sous les régimes monarchiques antérieurs, se mettre en opposition d'idées et de solutions avec le prince. Si on examine d'ailleurs les textes votés depuis, on s'aperçoit qu'ils sont loin de statuer avec ensemble sur la question qui nous occupe ; les deux lois

que l'on cite sur la matière, sont contradictoires. La loi du 2 août 1872, qui a attribué à l'Etat le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes chimiques n'aurait pas eu, il est vrai (comme elle l'a fait dans son article 3) à reconnaître un droit d'indemnité aux fabricants d'allumettes dépossédés, si l'irresponsabilité de l'Etat n'avait pas été à ce moment tenue pour entière, lorsqu'il s'agissait d'actes de puissance publique, nous en convenons parfaitement ; mais la loi du 29 juin 1895, sur les indemnités pour erreur judiciaire a été considérée par le législateur non comme une mesure de bienveillance et d'humanité, mais comme consacrant une responsabilité positive de l'Etat. Le Sénat et la Chambre des députés ont voulu reconnaître l'existence d'une dette, d'une obligation juridique et créer au profit de la victime de l'erreur un recours contentieux fondé sur la violation d'un droit, et non sur un recours gracieux fondé sur un devoir d'assistance.

On n'a pas manqué de contredire cette dernière affirmation, et l'on a habilement usé dans ce but d'une chicanerie de mots. Le gouvernement considérait la réparation de la loi de 1895 comme une mesure purement humanitaire. Elle était donc discrétionnaire et son projet portait les mots : « L'arrêt de révision « pourra » ... allouer (à la victime des dommages-intérêts. » Au contraire, la Chambre tenait que cette réparation devait être regardée comme une véritable dette du corps social ; la réparation était donc nécessaire et le projet portait : l'arrêt en révision « devra » allouer... etc. Or, le texte définitif porte : « l'arrêt de révision *pourra* » ; il semble donc que le gouvernement ait rallié à son opinion la Chambre, et qu'on doive d'après ces renseignements continuer de considérer au point de vue de l'intention du législateur l'irres-

ponsabilité comme le principe, et la responsabilité comme l'exception.

Cette argumentation ne peut être inspirée que par un examen superficiel des travaux préparatoires. Ce n'est pas pour se rallier à la doctrine du gouvernement que la Chambre a modifié sa rédaction, c'est pour déférer à une objection théorique qui lui avait été faite. En effet, dans le système de la Chambre, c'est la faute qui est le point de départ de la responsabilité de l'Etat (1) ; il s'ensuit que la faute de la victime, si elle a déterminé l'erreur dont on demande la réparation, doit exonérer l'Etat de toute obligation. Et c'est là une restriction imposée non seulement par la théorie, mais encore par la pratique. Beaucoup de gens ne manqueraient pas, si cette prudente réserve n'existait pas dans la loi, de se donner des apparences de coupables pour égarer sur eux les soupçons de la justice, se laisser condamner et révéler ensuite leur innocence, recouvrant ainsi honneur et argent. Leur faute, leur manque d'énergie à se disculper, leur négligence à laisser dans l'ombre les preuves de leur innocence méritaient d'être déjouées. Le législateur a donc voulu faire dépendre l'indemnité de l'absence ou de la présence de

(1) La faute sociale est évidente ; l'Etat peut seul en répondre (M. Bérenger, rapporteur au Sénat). M. Bailby a contesté cette appréciation. Les quatre cas de révision : Représentation de pièces, contradiction de décisions judiciaires, condamnation d'un témoin pour faux témoignage, faits nouveaux, sont exclusifs de faute. On ne peut soutenir qu'il y a faute des juges de n'avoir pas connu ces faits.— Ce n'est pas ce que l'on soutient, on soutient qu'ils ont tiré des faits de la cause des déductions inexactes, qu'ils n'ont pas dégagé la vérité comme il fallait qu'ils le fissent.

cette faute ; dès lors qu'elle ne devait plus être nécessairement allouée, le texte de loi ne pouvait plus porter la mention « devra » et il y fallait substituer le mot « pourra ».

S'il faut en outre dire toute notre pensée sur ce point, nous déclarerons que nous ne sommes guère partisan de l'étude du droit ancien pour la solution des difficultés actuelles. L'état d'esprit de l'opinion publique, du gouvernement et du législateur varient insensiblement d'année en année, et la nation souffre plutôt de son arriéré juridique qu'elle n'en bénéficie. En outre, cette méthode qui procède au petit bonheur n'a rien de scientifique. Tantôt elle remonte gravement à un édit rendu sous l'autorité de Colbert (ordonnance sur la marine), tantôt elle se contente d'examiner simplement la législation du siècle dernier. Il faudrait pourtant s'entendre et savoir en quoi un capitulaire est plus ou moins recommandable et s'impose ou non à l'interprète qu'une ordonnance de Moulins. Or, c'est un fait que le droit codifié est dès sa codification en retard sur les besoins et l'esprit de son siècle ; *a fortiori*, le droit très ancien n'est-il plus qu'une ruine, bonne à être conservée dans les musées de l'histoire du droit, à donner la clef des formes et des idées actuelles qu'il a préparées, mais incapable de fournir dans les débats d'aujourd'hui des arguments vraiment soutenables.

On a dit encore : Il est exagéré de vouloir obtenir par le jeu de l'action en responsabilité un fonctionnement parfait des services. Cette question n'est pas une question juridique, c'est une question politique. L'arme du citoyen en pareille matière, c'est le bulletin de vote. Les citoyens n'ont que l'administration qu'ils méritent. S'ils veulent avoir une bonne police, au

sens large du mot, qu'ils sachent se servir de la souveraineté politique qui leur est conférée. Par malheur, cette théorie se heurte aux analyses les plus récentes que l'on a fait de la souveraineté. Les électeurs ne sont pas les personnes souveraines, elles sont les titulaires d'une fonction, la fonction électorale. La souveraineté ne réside pas en eux, mais dans la nation tout entière, en tant que collectivité. Puis, il est des victimes des abus de la puissance publique qui ne sont pas électeurs ; l'équité ne peut pas abandonner sans défense les innombrables sujets français qui, pour diverses raisons, ont un statut civil et pas de droits politiques ; enfin, il est exact de dire que l'on veut obtenir par le jeu de l'action en responsabilité un fonctionnement impeccable des services publics, car tout manquement de ce service ne sera pas sanctionné par une action en responsabilité. Seules les fautes ayant entraîné des dommages certains et graves seraient invoquées. La règle que l'Etat ne peut pas être condamné aux dépens (1) servirait de frein aux actions introduites *de minimis*. Ce ne serait en effet que dans les cas où le préjudice pourrait être estimé bien supérieur aux frais du procès que l'on aurait intérêt à agir.

Reste une dernière objection, l'objection pécuniaire ;

(1) Ce n'est pas que nous ayons pour cette règle un respect exagéré. A notre sens, elle n'est qu'une des formes de cette erreur qui découvre dans les procédures d'annulation et de conflit, un intérêt de haute administration et de suprême police bien plus que l'énergique sanction des droits individuels et des libertés publiques. Si elle venait à disparaître pour des motifs quelconques, on pourrait, en vue d'arrêter le flot montant des recours, rendre l'action en responsabilité périlleuse.

contre celle-là nous sommes sans réponse. Si l'Etat est trop pauvre pour être assez juste, il n'y a qu'à déplorer sa misère et souscrire à tous ses abus. Cependant nous ne voyons pas que cette considération budgétaire ait arrêté sensiblement les tribunaux administratifs dans la voie de l'équité qu'ils ont jusqu'à présent obstinément poursuivie. Les finances publiques peuvent tout autant être compromises par la responsabilité qu'encourt l'Etat en matière de gestion. Malgré ce, la jurisprudence s'est plutôt préoccupée d'étendre les obligations publiques que de les restreindre. A côté de la théorie de la faute, elle a forgé la théorie du dommage extraordinaire, elle a mis à la charge de l'Etat un véritable « risque ». Elle l'a maintes fois déclaré responsable dans des hypothèses où un particulier n'eût pas été condamné. De cela, les partisans de l'irresponsabilité en matière de puissance publique ne se trouvent nullement inquiets, ils applaudissent au contraire à l'œuvre de la jurisprudence. Dès lors, nous pouvons partager leur quiétude. On sait que toutes les dépenses publiques augmentent et qu'elles doivent augmenter. La stagnation d'un budget est un indice de faiblesse politique et économique. Que du moins les augmentations de dépense qui servent à réaliser quelques progrès dans l'ordre de l'équité et de la justice ne soient pas l'objet d'une critique plus amère que celles qui accueillent les désolants et nécessaires budgets militaires et maritimes, destinés à subvenir à des dépenses susceptibles de faire longtemps reculer le règne de la justice et du droit.

Nous nous résumons. Une règle spéciale à l'Etat a été dégagée par la jurisprudence administrative de divers textes du droit français. Cette règle est inspirée par l'équité. Or l'équité est également intéressée à ce que le

particulier soit indemnisé quel que soit l'acte fautif de l'Etat qui lui porte ombrage. Cette indemnité ne met pas en cause, comme on l'a prétendu, le fonctionnement régulier de la puissance publique, elle garantit mieux le particulier que l'annulation de l'acte incriminé. Il peut donc y avoir des prétextes pour la refuser, il ne saurait y avoir de véritables raisons. L'Etat doit être responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa puissance publique. Nous verrons à propos de la responsabilité des communes que la jurisprudence ne s'est pas laissée hypnotiser par cette fantasmagorie de la puissance publique. Les actes de police du maire, actes d'autorité au premier chef, actes dont la nature juridique est de tous points comparable à la nature des actes d'autorité que peut faire l'Etat ont été nettement considérés comme engageant la responsabilité communale, mais l'autorité judiciaire a entrepris plus aisément sur le budget communal qu'elle ne l'aurait fait sur les fonds de l'Etat, parce que l'Etat continue de jouir à ses yeux du pouvoir personnel, infaillible, irresponsable, que détenaient les princes dans notre ancienne monarchie.

DROIT PUBLIC ÉTRANGER. — La persistance de cette notion d'autorité dans les monarchies étrangères explique l'attitude de leur législateur au regard du problème qui nous préoccupe. En Allemagne, les rédacteurs du Code de 1900 se sont posé la question de savoir si les obligations imposées aux particuliers seraient intégralement mises à la charge des personnes morales. Dès le début de la discussion, on s'est mis d'accord pour distinguer les personnes morales du droit public, de celles du droit privé. La discussion n'a porté que sur les établissements

et fondations qui, souvent d'origine privée, deviennent des rouages importants de l'administration publique. Pour les personnes morales du droit public, la loi d'introduction au Code civil avait tranché à l'avance les questions intéressantes. Elle décidait notamment que la plupart des personnes morales du droit public seraient toujours réputées solvables et qu'on ne pourrait pas, en cas de suspension de leurs paiements leur appliquer les règles de la faillite (1). Puis se posa la question de l'interprétation de l'article 31 : « L'Association est responsable du dommage que la direction, un membre de la direction ou tout autre personne chargée de représenter l'Association en vertu d'une désignation statutaire aura pu causer à un tiers par un acte accompli dans l'exécution même des fonctions qui lui sont imparties et qui sont de nature à entraîner l'obligation à réparation. » L'Etat et les circonscriptions administratives se trouvaient-ils obligés par ce texte ? On en convint. Les délits des administrateurs agissant dans la sphère de leur gestion patrimoniale sont des délits de la personne morale, les fonctionnaires qui en sont les organes mettent à la charge du corps leur responsabilité propre. Mais devait-on réserver

(1) En effet, dans le système du code civil allemand, l'existence de ces personnes morales est une question d'ordre public ; la faillite devant leur faire perdre cette existence, on ne pouvait leur en appliquer les règles. Toutefois, certaines personnes morales du Droit public, correspondant sensiblement à nos établissements d'utilité publique se trouvent obligés par les dispositions du Code en matière de faillite, en ce sens que leurs administrateurs sont obligés dans les cas et conditions de la loi à provoquer ladite faillite à peine d'être personnellement responsables.

les actes de puissance publique. La discussion fut très vive dans le sein du Comité de rédaction. Lorsqu'on vint aux voix, il fut convenu qu'en cas d'adoption du projet, il pourrait être modifié par des amendements réservant la législation particulière des Etats fédérés, dont certains admettaient la responsabilité personnelle du fonctionnaire en cas de faute lourde et se refusaient à admettre leur responsabilité, même en cas de faute commise dans leurs actes de gestion. Mais cette concession des partisans de la responsabilité de l'Etat ne rallia pas la majorité de la commission à leur thèse. Au vote, la commission composée de 16 membres se divisa par moitié, huit voix pour la responsabilité, huit voix pour la solution inverse. Mais parmi ces huit voix était celle du président, dont l'opinion était prépondérante. L'Etat est donc en Allemagne irresponsable des actes d'autorité dommageables dont les particuliers ont à se plaindre. D'ailleurs, les partisans de l'autonomie fédérale, malgré le rejet de la disposition qui rendait l'Etat responsable à raison des actes commis dans l'exercice de la puissance publique, maintinrent leur projet de résolution, réservant les lois des Etats fédérés sur les droits et obligations pécuniaires des fonctionnaires, qui devint l'article 10 de la loi d'introduction au Code. La situation est donc la suivante : l'action en dommages-intérêts du particulier lésé par une faute de l'Etat est irrecevable si elle vise l'Etat, en tant que puissance publique. Si elle tend à faire déclarer débiteur ce qu'on appelle en droit allemand le fisc, c'est-à-dire l'Etat en tant que personne patrimoniale, il faut examiner la législation particulière de l'Etat auquel appartient le fonctionnaire dont l'acte est incriminé. Dans le cas où la loi fédérale le permet, on applique l'article 839. Si un fonctionnaire enfreint à dessein ou par négli-

gence une obligation professionnelle qui lui est imposée envers un tiers, il doit réparer le dommage qui en est la conséquence. S'il n'a à se reprocher qu'une faute (1), il ne peut être poursuivi que si la personne lésée ne peut obtenir des dommages-intérêts d'une autre manière.

En Italie, on rencontre un système à peu près analogue. Il est établi par la loi de 1865. Il s'inspire évidemment du droit français de cette époque. D'abord une disposition empruntée à la Constitution de l'an VIII assure au fonctionnaire une « garantie administrative » en subordonnant toute poursuite contre lui à une décision d'un conseil administratif supérieur. Les actes des agents engagent la responsabilité de l'Etat, lorsqu'ils commettent une faute légère ou bien lorsqu'ils ont été pris dans des cas d'extrême urgence et en vue de l'intérêt public. Mais cette responsabilité n'entraîne la réparation du dommage que pour les actes de gestion. Les cinq Cours de cassation d'Italie se sont mises d'accord sur ce point. (Voir décision de la Cour de Palerme, rapportée au *Sirey*, 84-4-7).

En Autriche, la question de la responsabilité de l'Etat à raison des actes d'autorité, est résolue indirectement par la négative, car la règle est que nul n'est responsable à raison du fait d'autrui. L'Etat est donc irresponsable en matière de puissance publique. Des dispositions particulières (loi de 1867 sur la responsabilité politique des ministres et sur la responsabilité civile des fonction-

(1) Sur la distinction entre le manquement à l'obligation professionnelle et la faute et la concordance de ces notions avec celles du fait personnel et de la faute de service du Droit français, voir Duguit, « L'Etat », p. 651.

naires ; loi du 12 juillet 1872 sur la responsabilité des magistrats) tempèrent la rigueur de cette législation.

Dans les pays anglo-américains, la règle est que l'Etat ne peut pas causer de tort. Elle a pour correctif la responsabilité des fonctionnaires. Mais ceux-ci ne sont pas toujours responsable de leur faute ; qu'il s'agisse d'actes de gestion ou de puissance publique, leur faute légère fait échec à toute réparation. En Amérique une distinction est faite en outre entre les actes discrétionnaires qui correspondent assez à nos actes d'autorité, bien que la jurisprudence américaine ait une tendance à les restreindre, et les actes ministériels pour lesquels le juge se déclare toujours compétent.

En Espagne, la garantie administrative (autorisation royale en Conseil d'Etat) dont le gouvernement fait un fréquent usage, empêche les recours de se produire à raison d'un acte de puissance publique. Si le débat s'engage on applique les articles 1903 et 1904 de la loi du 24 juillet 1889. L'Etat est responsable des actes de son préposé, ses fonctionnaires le sont des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions.

En Suisse, il faut distinguer le droit fédéral et les lois cantonales. La loi fédérale décide que les actes des préposés ou fonctionnaires publics à la tête d'une industrie engagent la responsabilité de leur commettant, l'Etat. Les lois cantonales ne peuvent s'opposer à la réparation des préjudices ainsi commis. Pour les actes d'autorité chaque canton a son système particulier qui est en général exclusif de la responsabilité. Cependant le canton de Zurich admet la responsabilité de l'Etat à raison de l'exercice de la puissance publique, toutes les fois qu'un droit des particuliers a été violé dans l'intérêt public, ou quand le dommage subi peut s'assimiler à une expropria-

tion pour cause d'utilité publique. Mais si le préjudice provient de la faute du particulier, ou si la loi lui fait une obligation de le supporter (service militaire, l'action est irrecevable. Enfin la faute lourde et intentionnelle du fonctionnaire dégage l'Etat de toute responsabilité et met la réparation à la charge de son auteur.

Nous terminons par le résumé de cette législation équitable l'étude de notre première question : l'Etat doit-il être responsable à raison des dommages fautivement commis dans l'exercice de sa puissance publique ? L'affirmative doit selon nous être soutenue avec énergie ; mais nous reconnaissons que sur la seconde : l'est-il en droit positif français ? la solution est moins nette. L'Etat est irresponsable suivant les plus nombreuses des décisions de la jurisprudence. Cela suffirait à trancher la question si l'on ne savait que par bonheur le droit prétorien n'est jamais définitif. Peut-être les tribunaux qui jadis ont consacré la responsabilité de l'Etat même en matière d'actes d'autorité, qui encore aujourd'hui admettent la responsabilité de la commune pour les actes de police de son maire, reviendront-ils un jour sur leurs décisions actuelles. S'abriter derrière l'autorité des arrêts n'est donc pas à notre sens trancher la question, et il est préférable de rechercher si les fondements théoriques et positifs que la doctrine met à la base de l'irresponsabilité de l'Etat sont définitifs et solides.

Toutefois il est indispensable, ne fût-ce que pour la loyauté du débat, de mentionner quelques-unes des nombreuses décisions que le conseil d'Etat, juge de ces litiges, a rendues sur la matière. Nous laissons de côté tout le contentieux du pouvoir législatif : actes d'administration en forme légale, mesures disciplinaires de la Chambre à l'encontre de ses membres, pour la connaissance

duquel le Conseil d'Etat s'est naturellement dérobé, mais nous enregistrons une décision en matière de pouvoir judiciaire. Il a été décidé que l'Etat ne répondrait pas des fautes commises par les consuls, lorsqu'ils accomplissent des fonctions d'ordre judiciaire (Sirey 77-2-277). De son côté la Cour de cassation a déclaré irrecevable les actions dirigées contre les commissions mixtes, ou contre les commissaires experts coupables d'erreur sur l'espèce, l'origine ou la qualité de produits, soit importés, soit transités et susceptibles de taxes douanières. Une telle erreur a eu pour conséquence des perceptions inexactes, parfois même des poursuites pour fausse déclaration. La jurisprudence ne s'est pas laissé émouvoir par ces préjudices. (Sirey 75-1-61 ; 77-1-14).

Mais c'est surtout contre les abus du pouvoir exécutif qu'ont été inutilement dirigés les plus nombreux recours. Une jurisprudence constante décide que la réparation des préjudices causés par l'exercice de ses pouvoirs de police, soit à la suite de mesures illégales ou individuelles, soit à la suite du défaut de mesures qui auraient dû être prises, ne peut jamais incomber à l'Etat. Ainsi un colon ayant été irrégulièrement expulsé (D. 86-3-54) n'a pu obtenir dédommagement de ce préjudice. La faute commise par le gouverneur de la colonie n'était pas cette faute lourde qui se peut assimiler au dol, elle ne pouvait entraîner la responsabilité du fonctionnaire. Quant à l'Etat, personne morale dont la responsabilité théorique se trouvait engagée par la faute légère de son origine, il ne pouvait être déclaré responsable, ayant agi dans l'exercice de son autorité.

Pareil refus d'indemnité a été opposé (D. 75-3-116) au propriétaire d'un navire qu'on n'avait pu vendre à l'étranger, le consul français ayant injustement refusé de

délivrer le certificat de désarmement. Or, la délivrance de ces actes tient à la police de la navigation, qui présente un intérêt non seulement national, mais mondial; il importe, en effet, que les navires soient toujours régulièrement surveillés pour éviter toute piraterie. En conséquence l'Etat qui exerce cette police par l'intermédiaire de son organe à l'étranger, doit, suivant la jurisprudence, être déclarée irresponsable.

L'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté préfectoral, mettant à la charge des propriétaires riverains une part dans les dépenses occasionnées par des travaux de régularisation et de redressement d'un cours d'eau, ne peut avoir pour conséquence d'engager la responsabilité de l'Etat. La faute, le vice qui infecte l'acte sont trop légers pour le faire dégénérer en fait personnel. La responsabilité de l'Etat devrait être proclamée ; la jurisprudence s'y est refusée. Cependant, la commune qui avait compté sur la contribution des propriétaires pour équilibrer son budget éprouvait du fait de leur exonération un véritable préjudice, le Conseil d'Etat n'a pas cru devoir suivre le vœu de l'équité d'après lequel le dommage eût dû être réparé (D. 82-3-101.)

Si la faute positive, en matière de puissance publique, ne donne ouverture à aucune action en responsabilité, *a fortiori*, la faute par omission ne saurait avoir aucune répercussion sur les obligations de l'Etat. De nombreuses décisions refusent de rendre l'Etat responsable de l'insuffisance des mesures de police destinées à maintenir l'ordre ; l'imprudence du préfet de police dans le département de la Seine, par suite de laquelle les balles d'un tir forain établi sans contrôle de l'autorité, ont blessé des particuliers, n'a pu servir de fondement à une action en indemnité (1900-3-42, D.), etc.

La jurisprudence qui apparaît aujourd'hui comme fixée, n'a pas toujours été aussi ferme. En particulier, la Cour de Cassation qui a fini par décliner sa compétence, en la matière, n'hésitait pas à proclamer l'Etat responsable et à affirmer qu'elle pouvait connaître des actions à lui intentées, sans cependant s'affranchir de la règle de la séparation des autorités judiciaires et administratives. C'était surtout dans des affaires postales, dans des hypothèses d'accidents causés par la malle-poste qu'elle prenait semblables décisions et cela avec la conviction ferme que l'acte dont elle appréciait les conséquences avait tous les caractères de la puissance publique. Ainsi un arrêt rapporté dans Sirey (2-476-1843) déclare que l'administration des postes est personnellement tenue, et ce pour la plus grande part, à la réparation des dommages résultant d'accidents qui ont été occasionnés par l'exécution rigoureuse de ses règlements. En 1845, même solution avec les attendus suivants :

Attendu que l'Etat, représenté par les différentes branches de l'Administration publique est passible de condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut l'exposer.... ;

Attendu que s'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs, et des ordres donnés par l'administration dans les limites de sa compétence, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente de règlements et ordres administratifs. (S. 1845-1-363.)

Toujours fidèle à ces principes, la Cour de cassation décidait encore en 1848 (S. 48-1-700), que les courriers

sont représentants de l'Administration et chargés d'exécuter les *ordres* qu'elle a donnés sur la vitesse accélérée des malles-poste, que l'Administration est donc responsable du fait du courrier. Les Cours d'appel étaient profondément imbues des théories qu'appliquait la Cour Suprême ; la Cour de Colmar, le 25 janvier 1848 arrêtait dans une affaire Turck : que l'administration des postes était personnellement responsable des accidents causés par ses voitures, bien que ces accidents aient été occasionnés par l'exécution rigoureuse de ses règlements, et qu'ils soient le résultat de la vitesse qu'elle avait prescrite à ses courriers ; elle était d'ailleurs mal fondée à prétendre que les tribunaux ne pouvaient la déclarer responsable du fait de cette nature sans se rendre juge du mérite de ses règlements et excéder ainsi leurs pouvoirs. Dans toutes ces hypothèses, les tribunaux judiciaires statuaient à la fois sur la compétence et sur la responsabilité, mais il ne faut pas croire qu'ils confondaient les deux notions ; l'appréciation d'un acte de puissance publique leur étant interdite, ils se gardaient d'en examiner aucun en soi, mais ils se réservaient de connaître de toutes les conséquences dommageables et fautives qui avaient pu se produire et leurs arrêts étaient très nettement motivés sur chacun de ces points. Il est vrai cependant que leur jurisprudence s'établissait sur les articles 1382 et suivants. Mais aujourd'hui encore, où le fondement des décisions indemnitaires est le principe même dont sont inspirés ces articles, ils trouveraient dans cette substitution une base plus large d'appréciation, et non une raison de s'arrêter dans la voie alors suivie. Toutefois, ce ne serait pas à eux, mais au Conseil d'Etat qu'il appartiendrait de statuer sur les conséquences des actes dommageables, parce que ces conséquences

sont intimément unies à l'acte et que la juridiction administrative aurait plus d'aisance pour examiner les hypothèses où la séparation serait difficile.

Au reste, à la même époque, le Conseil d'Etat était imbu des mêmes idées ; s'il était déjà en désaccord avec l'autorité judiciaire sur la compétence, il ne pensait pas autrement qu'elle sur le fond même du droit. Le ministre de l'Intérieur, en donnant l'ordre d'empêcher par tous les moyens l'impression d'un journal dans une ville en état de siège, fait un acte de haute police, qui n'est pas susceptible d'être référé contentieusement au Conseil d'Etat. *A fortiori*, la juridiction judiciaire est-elle incompétente ; mais, disait le Conseil, les dégâts commis par la force publique dans l'exécution de cet ordre et notamment dans une imprimerie, peuvent donner lieu contre l'Etat à une action contentieuse tendant à obtenir une indemnité (Lebon, 5 janvier 1855, p. 18). Cette opinion était si ancrée dans les esprits de l'époque, que dans une affaire analogue, l'affaire Boulé, l'Etat, par l'organe du ministre se défendait, non point en soutenant qu'il était en principe irresponsable, mais en faisant remarquer que si l'acte administratif n'était pas en cause et si la responsabilité pour le dommage ne souffrait pas discussion, l'acte des agents incriminés contenait une faute lourde qui faisait dégénérer l'acte administratif en fait personnel (Lebon, 5 janvier 1849, Boulé).

Depuis, le Conseil est revenu à la théorie de l'irresponsabilité de l'Etat, mais il a abandonné dans un certain nombre d'hypothèses l'unité de sa doctrine en faveur de certains litiges intéressants. Le Conseil d'Etat, dit une note au Sirey, a reconnu la responsabilité de l'Etat, à raison de certains faits qui semblent se rattacher à l'exercice de ses pouvoirs comme personne publique et

qui ne peuvent se rattacher à la gestion des services publics qu'en donnant à cette expression un sens extrêmement large. C'est ainsi que les avaries qu'un capitaine de port a été obligé de causer à un navire par suite de manœuvre inopportune engagent la responsabilité de l'Etat. Nous avons rencontré des hypothèses de ce genre en nous occupant des actes de gestion, mais on aurait pu soutenir que les mesures prises à tort par les agents étaient ordonnées dans l'intérêt du domaine public maritime ou de la conservation des ouvrages des ports. Ici au contraire le texte de l'arrêt est très net et dégage parfaitement la nature de l'opération de police au cours de laquelle le Conseil d'Etat a admis qu'une responsabilité était encourue.

« Considérant, dit l'arrêt, qu'en vertu des articles 13 et 17 du décret du 15 juillet 1856, les officiers et maîtres de port *règlent l'ordre* d'entrée et de sortie des navires dans les ports et bassins; et donnent des ordres en tout ce qui concerne les mouvements des navires et l'accomplissement des mesures de *sécurité d'ordre et de police* et que les capitaines doivent obéir à leurs injonctions... que les portes d'aval n'ayant pu (dans la manœuvre d'une écluse) être dégagées, le capitaine du port dut, pour prévenir un sinistre qui menaçait *tous les navires renfermés dans l'écluse*, faire scier l'arrière du bateau, dont le propriétaire est demandeur... » A chacune de ces phrases, l'acte de puissance publique apparaît nettement analysé ; les mots ordre, injonctions, police, sûreté, viennent caractériser très fortement la nature autoritaire de l'acte litigieux, il n'est pas jusqu'à la dernière phrase « qui visant l'intérêt de tous les navires renfermés dans l'écluse », ne se mette en opposition formelle avec l'hypothèse d'un acte de gestion pris dans l'intérêt exclusif

des ouvrages du port ; il s'agit au contraire d'une façon indiscutable de l'intérêt de la navigation tout entière, et d'un acte de police accompli dans l'intérêt de cette navigation. Le Conseil d'Etat n'a pas hésité à admettre que l'Etat est responsable (Tysack, D. 83-3-43).

Nous citerons encore l'affaire Vauville. L'autorité à qui est déférée la police des cours d'eau pour assurer un régime égal pour tous les riverains, et éviter les crues, doit ouvrir, s'il en est besoin, des barrages mobiles établis dans le cours de la rivière. Si elle ne le fait pas lorsque cela est nécessaire, elle est évidemment en faute. Cette faute, dans une matière de police, engagerait-elle la responsabilité de l'Etat ? La jurisprudence l'a si bien pensé qu'elle éleva à près du double une indemnité gracieusement accordée par l'Administration, sur la requête du particulier inondé, qui ne s'était pas trouvé suffisamment dédommagé.

Et, chose remarquable, la jurisprudence a dérogé à sa doctrine habituelle de l'irresponsabilité, même dans des hypothèses où l'on ne faisait pas grief à l'Etat d'une faute positive, mais de la simple *culpa in omittendo*. L'Etat a été déclaré responsable vis-à-vis du propriétaire d'un cheval tué en circulant sur un pont en mauvais état, non point par cette raison que c'était là une conséquence du mauvais entretien d'un ouvrage public, mais parce que les agents de l'Administration étaient en faute de ne pas avoir interdit la circulation sur un point dangereux (30 mars 1867, S. 68-2-128). Responsable encore l'Etat dont les agents n'ouvrent pas à temps un bassin de dérivation en cas de crue, et cependant cette mesure doit être prise, non dans l'intérêt du domaine public hydraulique, mais dans l'intérêt des riverains auxquels une bonne police assure la jouissance d'un bien

commun. Absence malencontreuse de l'acte d'autorité indispensable, responsabilité néanmoins de l'Etat. (Affaire des eaux de la Liane.)

Dans une série de deux affaires jugées le 8 janvier 1875, le Conseil d'Etat, qui, il est vrai, n'a pas accordé l'indemnité, ne s'est pas fondé sur le motif que la puissance publique est en principe irresponsable, mais sur l'absence de faute, ou sur le caractère judiciaire de l'acte incriminé. Il s'agissait dans la première d'un consul du port de Cardiff qui s'était opposé au désarmement d'un navire, pour cette raison que son propriétaire ne représentait pas un acte de francisation, que l'autorité compétente n'avait pas délivré à temps. Cet acte de francisation, qui est le titre officiel constatant la propriété du navire, manquant, on n'avait pu opérer le transfert de propriété du navire et manqué ainsi une vente avantageuse. Le Conseil d'Etat a refusé d'accueillir les recours du propriétaire, car le consul de Cardiff agissant ainsi n'avait fait qu'appliquer la législation en vigueur et ne pouvait être en faute.

La jurisprudence a encore admis, en dehors des nombreuses exceptions que nous étudierons sous la rubrique : Dommages causés en dehors de toute idée de faute, que l'Etat était responsable lorsque la faute relevée dans l'acte d'autorité avait pour but de favoriser les intérêts financiers de l'Etat et non de protéger les intérêts pour la défense desquels l'Etat a été investi de la puissance publique. Les partisans de l'irresponsabilité de l'Etat disent que la recevabilité de l'action en ce cas particulier s'explique par la nature de l'acte ; l'acte est un acte de gestion qui se présente sous les espèces d'un acte de puissance publique. Il y a dans cette fiction quelque chose qui blesse. On ne peut faire volontairement

abstraction de l'ordre, du commandement auquel le particulier a été obligé de déférer. On ne peut revenir en dehors de toute réalité, à cette théorie subtile du motif que l'effort de la doctrine a peu à peu expulsée de tout le domaine administratif. La nature intime de l'acte, l'intérêt financier ou public en vertu duquel on le prend ne se révéleront jamais bien nettement. L'acte est de puissance publique ou de gestion, non suivant le mobile qui pousse son auteur à le faire, mais suivant qu'il prend entièrement ou non le soin de commander. Si la jurisprudence fait une brèche à son déplorable système de l'irresponsabilité de l'Etat, pourquoi nier la chute d'une des plus mauvaises pierres de son édifice et essayer de boucher le vidé au moyen d'un replâtrage qui ne trompe personne ? L'Etat est responsable dans ce cas particulier, parce que l'équité exige qu'il le soit ; les tribunaux ont déclaré qu'il l'était, parce que l'espèce était favorable, mais dire que le fait d'ordonner la fermeture d'une usine d'allumettes, sous prétexte d'insalubrité (1), n'est pas un acte d'autorité de commandement, de puissance publique, c'est soutenir par une inexactitude le sophisme systématique de l'irresponsabilité.

On a cité comme seconde exception à l'irresponsabilité dont l'Etat se prévaut en matière de puissance publique, les arrêts par lesquels il a été accordé indemnité lorsque l'acte d'autorité, source du dommage, contenait violation d'un contrat. Le Tribunal compétent, pour statuer sur le contrat, n'a pas le droit d'annuler cet acte d'autorité ni d'en arrêter les effets, parce que l'Administration ne peut par un contrat renoncer aux droits de puissance

(1) D. 80-3-41.

publique qui lui appartiennent, mais elle a pu s'engager par une stipulation sinon expresse, du moins tacite à indemniser son co-contractant au cas où elle exercerait ses droits contrairement à la convention. L'Etat a été ainsi condamné à indemniser l'adjudicataire d'un droit de pêche, alors qu'un arrêté du préfet avait permis à un industriel voisin de déverser ses eaux sales dans la rivière louée ; nous ne pouvons qu'applaudir à ces solutions restrictives de l'irresponsabilité publique ; mais nous ne devons pas nous étendre sur ce sujet qui échappe à notre cause, puisque nous passons sous silence l'étude des obligations contractuelles résolues en dommages-intérêts, qui pourraient être mises à la charge de l'Etat.

On voit donc qu'à côté d'une série d'arrêts très fermes, on peut signaler des dissidences qui permettent de considérer la question comme toujours ouverte (1). Il n'y a pas de droit contre le droit. Les libertés individuelles, les droits de propriété, de sécurité, que l'ancienne jurisprudence mettait sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire ne peuvent pas être atteintes par les actes d'autorité. Si elles le sont réparation en est due. Ainsi se concilient les nécessités de la souveraineté et le droit des citoyens. Mais un refus pur et simple nous paraît la négation absolue de tout esprit juridique.

(1) M. Brémond dit dans le même sens : « Nous ne nions pas qu'il n'y ait quelques décisions qui paraissent leur donner raison (aux partisans de l'irresponsabilité) ces décisions sont pourtant moins nombreuses qu'on ne le croit généralement, car un grand nombre de celles qu'on a coutume d'invoquer n'ont pas le sens qu'on leur attribue. » Dans la réalité, on décide « qu'il n'y a pas eu faute commise susceptible de donner naissance à l'obligation de réparer le dommage causé. » *Revue critique*, juin 1900-324.

Section II

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN DEHORS DE TOUTE IDÉE DE FAUTE

Le principe d'équité que la jurisprudence a isolé de l'ensemble des textes du droit positif français, a reçu d'elle des applications en dehors de toute notion de faute. Nous avons vu en effet que la tendance générale du droit de la responsabilité est de substituer (page 151) un fait matériel au fait tout psychologique de l'imputabilité lorsqu'il s'agit de déterminer les éléments juridiques de la responsabilité. En droit civil, la théorie du risque professionnel, après quelques applications timides de la jurisprudence, a fait irruption dans le domaine du droit positif par la loi de 1898 sur les accidents du travail. En droit administratif, la jurisprudence, beaucoup plus laborieuse que le législateur, a édifié la théorie des dommages extraordinaires. Au fond, toutes ces constructions théoriques ont pour but d'étendre le domaine de la responsabilité (1) et de restreindre le nombre des hypothèses de force majeure, d'assurer à la victime le plus de répondants possible, de rendre plus énergique et plus apparent le lien de la solidarité sociale. L'Etat n'a pu échap-

(1) Voir dans ce sens, l'opposition de la jurisprudence aux clauses conventionnelles d'irresponsabilité. Paris, 22 décembre 1897. D. 2-64.

per à cette évolution. Comme en exerçant les prérogatives exorbitantes du droit commun que la loi lui reconnaît ou en usant des puissants moyens d'action dont il dispose, il accomplit des actes dépassant de beaucoup par leur nature ou leur importance ceux que les simples particuliers peuvent accomplir, il est amené à causer même par l'exercice de ses droits des dommages considérables. Ces dommages peuvent tantôt se répartir sur l'ensemble des citoyens, ainsi que ceux qui résultent de l'existence même de l'autorité sociale, du poids et des frais de l'administration publique (impôts) ; tantôt, au contraire, ils se répartissent inégalement et atteignent d'une façon différente les citoyens, les uns échappant entièrement au dommage, les autres subissant les monopoles, les expropriations et les autres actes nécessaires à la vie ou à la prospérité publiques. L'autorité intervient alors pour rétablir l'équilibre, et dédommage à raison d'un principe d'équité la victime de ces divers faits. Lorsque, dit M. Larnaude (*Bulletin de la Société des prisons*), cette grande machine qui s'appelle l'Etat, cent fois plus puissante et cent fois plus dangereuse aussi que les machines de l'industrie, a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionne en causant le préjudice, viennent le réparer.

Cette obligation particulière mise à la charge de l'Etat se fonde-t-elle sur un principe d'équité ou sur une autre base théorique ? Il nous a été donné d'entendre diriger contre l'équité une série de critiques. Cette notion est une de celles que la pratique respecte le plus mais qui a toujours été suspecte aux théoriciens. C'était une des plus ferventes prières des anciens jurisconsultes que de demander à la Divinité de préserver les plaideurs de l'équité des Parlements ; si le dieu Janus avait deux fa-

ces, l'une souriante et l'autre soucieuse, il semble bien aussi qu'on puisse donner de ce prétendu principe juridique une double représentation. Dépeint sous des couleurs favorables, il sera la justice, mais analysé dans ses éléments mêmes, il sera l'arbitraire pur. Il faut pourtant que les plaideurs, avant d'engager à fond pour défendre des intérêts parfois considérables, puissent savoir avec la plus grande probabilité quelle sera la décision à intervenir. Il ne convient pas que la sagesse et les lumières du juge, toujours corruptible par les passions, soient indéfiniment substituées aux principes. La dignité et la liberté des citoyens est elle-même intéressée à ce que des règles nettes et précises remplacent enfin les éternelles élaborations de la jurisprudence. Le citoyen n'a pleinement conscience de ses droits et de ses devoirs, que dans un milieu juridique défini le plus strictement possible. Si l'on veut que l'esprit politique d'une nation se développe, il faut que chacun de ses membres puisse dans la plus large mesure participer à la conscience juridique ; et cette condition ne sera remplie que du jour où le droit aura remplacé l'équité, et le défini l'arbitraire.

Si donc les décisions du Conseil d'Etat en matière de responsabilité sans faute s'appuyent sur l'équité, elles n'ont là qu'une base fragile et incertaine, faisant varier le droit avec chaque espèce. Ce principe se présente avec quelque chose de vague. La tradition administrative de laquelle il procède est flottante. Aucune loi ne le mentionne nominativement. C'est, diraient les auteurs de droit international, le pavillon qui couvre la marchandise. Il s'agissait impérieusement de réparer les dommages causés par l'Etat en dehors de toute idée de faute ; on a décidé qu'il serait équitable de le faire. Mais la véritable question était de savoir pourquoi cela était équita-

ble, pourquoi cette réparation inaccoutumée satisfaisait la raison et la conscience de chacun, alors que l'absence d'indemnité avait paru par ailleurs indifférente. C'est que dans ces hypothèses le lien de la solidarité sociale, les « principes de solidarité et de mutualité qui sont les fondements mêmes de nos institutions », cachés qu'ils sont d'ordinaire, apparaissaient dans ces divers cas avec la plus grande netteté, parce que le rapprochement du bénéfice de la collectivité et du sacrifice d'un de ses membres, grossissait par un optique facile les dimensions respectives de chacun de ces éléments. En présence de sacrifices médiocres, le lien de cause à effet entre le préjudice subi par le particulier et le bénéfice collectif aurait paru plus lâche et les rapports de solidarité se seraient révélés moins manifestes. Il faudrait donc, suivant la thèse que nous exposons et contre les exagérations de laquelle nous ne manquerons pas de protester, abandonner cette idée de réparation extraordinaire fondée sur l'équité et en présenter une autre.

Suivant M. Hauriou, le principe d'équité de nos Tribunaux doit être remplacé par une idée d'assurance. Le fondement des actions pour dommages extraordinaires est difficile à déterminer, les applications sont quelque peu difficiles ; il faut donc trouver un point de départ plus satisfaisant.

« Les choses se passent comme si l'Etat gérât, en sa
» qualité de personne morale, une assurance mutuelle
» contractée entre les administrés contre le risque des
» accidents administratifs. L'idée d'une assurance pa-
» reille procède logiquement du principe de l'égalité de-
» vant la loi et devant les charges publiques ; l'égalité
» devant les charges publiques doit être poursuivie direc-
» tement là où il est possible de la réaliser, par exem-

» ple, en matière d'impôts ou de service militaire ; elle
» le doit être indirectement par voie d'indemnités com-
» pensatrices dans les cas où la charge publique est
» d'une nature telle, que par elle-même elle retombe
» inégalement sur les administrés, et ces indemnités
» compensatrices peuvent très bien être censées versées
» par une sorte de caisse d'assurance mutuelle, associée
» aux services publics, alimentée par des primes incor-
» porées à l'impôt. »

La thèse se compose de deux propositions : l'une, que l'équité est un fondement insuffisant, c'est la partie négative ; l'autre, que l'idée d'une responsabilité-assurance satisfait pleinement le juriste. Nous ne partageons ni l'une ni l'autre de ces deux manières de voir. Il est vain de croire que l'on pourra réduire en règles précises tous les rapports juridiques et que l'on pourra enfermer le juge dans un cercle au dehors duquel il devra laisser toute initiative. Le droit ne peut que poser des principes, leur application doit être nécessairement laissée à l'interprétation humaine ; dès lors, le meilleur guide que celle-ci puisse suivre est évidemment celui qui la conduira à être la plus équitable possible. C'est arbitraire, sans doute, mais toute décision est en somme un acte d'arbitraire, et si on prend de nombreuses précautions pour recruter les corps judiciaires, ce n'est pas lui confier un rôle tout automatique sans initiative ni intelligence. Au point de vue financier, c'est la meilleure des garanties contre la dilapidation du budget que de donner au juge le pouvoir de statuer *ex æquo et bono*. Au point de vue du taux du dommage, il sera très bien guidé par un sentiment d'équité lorsqu'il s'agira d'apprécier le caractère subjectif du dommage, la valeur subjective de la réparation. Les biens n'ont pas pour tout le monde la même valeur

et un préjudice supportable pour une personne comblée des biens de la fortune peut être vital pour une autre moins favorisée. Mieux vaut donc une appréciation toute fondée sur une idée de justice distributive que sur une idée d'assurance forfaitaire. La première pourra doser l'indemnité en tenant compte de la condition sociale de la victime, la seconde ne le pourrait pas. Nous pensons que la responsabilité de l'Etat n'est ni générale, ni absolue, et qu'elle doit être appréciée, sinon dans son existence, au moins dans son étendue, suivant les circonstances où est intervenu le dommage.

Quant à considérer la réparation comme résultant d'une sorte d'assurance mutuelle, nous ne pouvons accepter une pareille interprétation. Souvenons-nous, en effet, que souvent la jurisprudence a refusé d'admettre les recours dirigés contre l'Etat dans des hypothèses de force majeure. Or, le système de l'assurance tend précisément à indemniser les victimes ; là où la seule fatalité a déterminé le dommage, il y aurait, entre le fait et la doctrine, une singulière contradiction. De plus, nous rappelons que la jurisprudence n'ordonne la réparation que des dommages très considérables. Or, avec un système d'assurances, tous les dommages devraient recevoir réparation quel que fût leur taux. Il est difficile de tenir pour exacte la conception de l'impôt prime d'assurance ; il est possible que, dans l'esprit de beaucoup de contribuables, l'impôt se légitime par cette considération qu'il alimentera les services publics dont les fonctions de prévoyance ne sont discutées par personne, mais il y a loin entre cette idée de prévoyance à l'idée de réparation des dommages intervenus par la fatalité des circonstances ou du fait de l'action légale de l'administration. D'ailleurs, cette conception fût-elle celle qui rend tolérable au contribua-

ble la perception de l'impôt, rien ne prouve que ce soit là le véritable fondement juridique de ces prestations financières. La science financière admet plutôt que l'obligation de payer l'impôt est déterminée par un fait nécessaire, les dépenses publiques, ce qui laisse intacte la question de savoir si les réparations à raison des dommages subis ou des fautes commises ont ou non un caractère de nécessité.

M. Hauriou avoue même que c'est là, en somme, une fiction commode plutôt qu'une théorie en forme. « On lui reprochera, dit-il, de ne pas s'appuyer sur les textes, et il est vrai qu'en effet aucun texte ne parle de l'assurance mutuelle contre l'accident administratif dont nous imaginons l'existence, mais aussi nous nous bornons à dire que tout se passe comme si cette assurance existait et que cette fiction n'est qu'un moyen d'adapter à la question spéciale des indemnités pour préjudice, le principe de l'égalité devant les charges publiques. » Or, mieux vaut, selon nous, un principe qu'une fiction, surtout lorsqu'elle n'est pas susceptible de cadrer avec des solutions particulières que la théorie de l'équité résout très correctement. C'est ainsi qu'à titre d'exemple la théorie de l'assurance est insuffisante lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité déterminée par un acte fautif ou erroné de l'administration. Le préjudice spécial ainsi causé devrait, semble-t-il, être réparé sitôt qu'on a fourni la preuve et l'évaluation du dommage. Or, M. Hauriou exige dans ce cas la preuve de la faute (1). Mais

(1) En cas d'erreur ou de faute, pour aboutir à l'indemnité « il faudra établir non seulement le préjudice, mais la faute ou erreur administrative, puisque c'est cette faute ou cette négligence qui seules donneront au préjudice le ca-

si le particulier est obligé de plaider la faute, nous retombons dans les conceptions d'équité qui sont à la base de la responsabilité pour faute, et cela démontre que la doctrine de l'impôt-assurance n'est pas absolument explicite ni compréhensive. M. Hauriou en a eu le sentiment lorsque énumérant les avantages de sa théorie, il fait remarquer qu'elle est susceptible d'une grande souplesse d'application suivant les progrès du besoin d'égalité, suivant l'état des finances publiques suivant l'importance accordée à tel ou tel droit individuel. Or, c'est précisément par ces mérites que la théorie de l'équité s'est ancrée profondément dans la jurisprudence administrative ; et le soin que M. Hauriou prend pour faire coïncider les résultats pratiques des deux notions en présence, entre lesquelles il nous faut choisir, est à lui seul le meilleur garant de la valeur des décisions de la jurisprudence.

M. Roger a tiré du principe d'équité en faveur duquel nous venons de conclure, un certain nombre de conséquences importantes. L'acte de l'administration devra être libre et volontaire et n'avoir pas été absolument déterminé par une pression extérieure ou par un cas de force majeure. Il en serait tout autrement s'il s'agissait de tenir compte d'un risque ; toutefois la loi peut mettre

ractère de spécialité dont il a besoin. (En effet, les fautes ou les erreurs administratives doivent être présumées assez rares pour que ceux qui en sont victimes soient placés vis-à-vis des autres administratives, dans un état d'inégalité qui demande à être corrigé). La faute ou l'erreur administrative ne seront point la cause de l'obligation d'indemnité, car cette cause est dans l'assurance contre l'accident administratif, mais elles seront une condition mise à la réalisation de l'obligation.

par exception un risque à la charge de l'Etat, ainsi la loi de 1898 sur les accidents du travail.

Le dommage devra avoir été important, car il s'agit de réparer une inégalité grave. Or, l'Etat plus ou moins est un obstacle préjudiciable au développement absolu des droits des citoyens ; il cause donc normalement une foule de petits préjudices sur lesquels chacun passe. Ainsi la mise en œuvre d'un travail public, force parfois les passants à faire un détour jusqu'au moment où le travail public est terminé ; personne ne réclame, car le dommage n'est pas considérable et tout le monde le subit, mais si certains particuliers se trouvent plus lésés que les autres, et ils le seront inévitablement si le taux de dommage est élevé, cette inégalité dans les préjudices subis donnera ouverture à responsabilité.

La mesure du préjudice sera en dernier lieu la moins-value dont aura été frappé le bien ou les droits du particulier et non la plus-value que le sacrifice de l'administré aura pu procurer à l'Etat. Quel que soit le profit que la société retire de l'opération, il ne sera jamais la mesure de l'indemnité allouée. Le préjudice doit s'apprécier subjectivement et non objectivement et par une application symétrique de cette idée, si l'acte administratif a eu pour résultat de procurer une plus-value au bien du particulier, il sera équitable que cet enrichissement profite à la masse ; on obligera donc ledit particulier à payer à l'administration cette plus-value.

Enfin, la preuve portera seulement sur l'existence et le taux du préjudice ; au contraire, lorsqu'il s'agit de responsabilité pour faute, la preuve de cette faute doit être supplémentaiement supportée.

Cette notion de dommages extraordinaires a fait irruption dans la jurisprudence depuis une époque relati-

vement récente ; les exemples plus anciens que l'on avait l'habitude de citer pour illustrer la théorie étaient en général empruntés au contentieux de l'expropriation, ou à celui des travaux publics. Il y avait dommage lorsque par des mesures indirectes l'administration s'emparait de la propriété privée, ou extrayait des matériaux du sol des particuliers. Mais ce n'était là que des applications toutes particulières ; le contentieux était souvent dévolu à l'autorité judiciaire ; les principes n'étaient pas fermes ; le conflit était souvent élevé. L'autorité judiciaire compétente en matière d'expropriation était saisie de nombreux litiges dans lesquels on ne pouvait dégager avec netteté un transfert par voie d'autorité publique d'un droit réel immobilier. Or il n'y a pas d'expropriation sans ce transfert tout particulier ; la controverse était donc toujours facile. Au contraire, le Conseil d'Etat laissant de côté ces théories particulières admit qu'il pourrait y avoir responsabilité de l'Etat en présence d'un dommage important dans des hypothèses où il n'était reproché aucune faute, ni à la victime, ni à l'auteur du dommage. C'est dans une affaire *Leclerc-Orcibal* que la jurisprudence administrative s'est orientée vers cette nouvelle voie, séduite probablement par l'attrait de la théorie du risque et cherchant peut-être un moyen indirect de corriger sa théorie trop rigoureuse de l'irresponsabilité en matière de puissance publique. Il s'agissait de dommages causés au bétail d'un fermier dont la métairie était voisine d'un champ de tir. De part et d'autre des précautions avaient été prises pour éviter un accident ; l'autorité militaire avait observé avec soin les consignes particulières qui l'obligent pendant l'exécution des feux ; le préposé du fermier s'était prudemment abstenu de se fourvoyer dans la zone dangereuse. Néanmoins une par-

tie du bétail fut tuée. L'Etat devait-il réparer le dommage ? L'administration de la guerre faisait avec raison observer que, suivant les précédents (affaires de Combiens, Carlier et Lefèvre, Battle) (1), il suffisait que l'Etat établît n'avoir pas commis de négligence ou d'imprudence pour que le recours de la victime fût écarté. L'Etat avait été notamment condamné dans des hypothèses où il avait été convaincu de n'avoir pas pris les interdictions de circulation qu'il eût dû prendre. *A contrario* devait-il être exonéré du fardeau de la réparation lorsqu'il établissait l'absence de faute. Le Conseil d'Etat ne se crut nullement lié par les précédents de sa jurisprudence ; et constatant simplement l'absence de faute de la victime, condamna l'Etat à répondre du dommage : « Considérant que si l'administration militaire avait, à la date de l'accident, observé toutes les consignes pour interdire l'accès de la zone dangereuse, il ne résulte pas de l'instruction que cet accident puisse être attribué à une faute du sieur Leclerc ou de son préposé, l'Etat est condamné à payer..... etc. (Conseil d'Etat, 3 août 1900, Dalloz 3-1903-3.)

Ce n'est pas le seul arrêt qui s'inspire d'une notion de risque. Dès avant la loi de 1896 qui met à la charge de l'Etat le risque professionnel, le Conseil d'Etat rendait l'administration responsable des accidents du travail. C'est ainsi que dans une affaire (Cames, Dalloz 96-3-65) où il s'agissait d'un accident causé à un ouvrier de l'Etat par la manœuvre d'un marteau pilon de forge, le Conseil d'Etat motivait comme suit sa décision indemni-

(1) Respectivement, 21 février 1879, 7 juillet 1882, 13 avril 1870.

taire : Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté qu'aucune faute n'est imputable au sieur Cames et que l'accident n'est imputable ni à la négligence ni à l'imprudence de l'ouvrier ; que dans les circonstances où l'accident s'est produit, le ministre n'est pas fondé à soutenir que l'Etat n'a encouru aucune responsabilité (1) condamne...etc. (Conseil d'Etat, 21 juin 1896-3-65). Même solution pour des hypothèses analogues (Marchal, 28 février 1896 ; Dotti, 28 février 1897). Le Conseil a encore décidé qu'un garçon employé dans un laboratoire de l'Etat ouvre par son décès un droit à indemnité pour sa famille, par cette seule considération que l'asphyxie survenue n'est imputable ni à sa faute ni à sa négligence. Mais ici la solution est moins nette, l'Etat n'ayant pas rapporté la preuve de sa vigilance ; et la jurisprudence pouvant être soupçonnée de mettre à sa charge la responsabilité de l'accident à raison d'une présomption de faute, déduite du fait dommageable lui-même. Un arrêt plus ancien du 9 mars 1877 prête moins à la controverse : il s'agissait de l'explosion d'une fabrique de poudres de guerre, la cause de l'explosion était inconnue, rien ne prouvait qu'une imprudence eût été commise ; l'explosion pouvait très bien provenir de cer-

(1) Cette rédaction ambiguë tendrait à faire supposer que le Conseil d'Etat trouvait en l'espèce l'administration en faute. En réalité il n'en était rien, et une note précise les conditions dans lesquelles s'est produit l'accident visé : « Il n'y a, d'autre part, aucune faute de l'Etat, le travail dont il s'agit est un de ceux qui rentrent dans les opérations courantes de l'industrie métallurgique, les dimensions de la pièce forgée n'avaient rien d'anormal, le marteau-pilon était d'un poids relativement peu considérable, l'opération n'avait rien de particulièrement dangereuse en elle-même, etc. »

taines fermentations particulières ou d'échauffement spontané, ou de vibrations sonores anormales, toutes causes qui déterminent parfois la détonation des explosifs modernes. Considérant, dit le Conseil d'Etat, que la cause de l'explosion est impossible à signaler ou seulement à *présumer* ; que par suite, c'est à l'Etat par les ordres et dans l'intérêt exclusif duquel la fabrication de la poudre blanche a été entreprise, qu'il incombe de supporter les conséquences dommageables de cette fabrication, condamne...etc.

Le Conseil d'Etat maintiendra-t-il toujours ses principes sur la matière : nous constatons que depuis 1900, aucun arrêt n'a plus fait application tacite de la théorie du risque et que toutes les fois qu'il a pu, ce tribunal administratif a préféré fonder ses décisions sur la théorie traditionnelle de la faute. Il n'y aurait donc là qu'un correctif de la doctrine généralement reçue que le Conseil appliquerait lorsqu'il ne pourrait mettre l'indemnité à la charge de l'Etat en se fondant sur une faute (1).

(1) Ajoutons que la loi de 1898, sur les accidents du travail, met à la charge de l'Etat les indemnités pour incapacité permanente de travail, dont le patron devenu insolvable ne peut assurer le service.

TITRE II

LE DEPARTEMENT

Personnalité du Département

Les départements sont en principe soumis aux mêmes règles de responsabilité que l'Etat. Ils sont comme lui des personnes morales du Droit public. Leur volonté est capable de se diriger vers l'accomplissement d'actes réguliers ou fautifs, préjudiciables ou non ; leur responsabilité est engagée dans les cas où l'Etat a engagé la sienne propre. Telles sont les règles tracées par la doctrine (Laferrière), car pour la jurisprudence, elle est presque muette sur la question. Cette absence de décisions se comprend à merveille. Le département est une personne morale de formation récente. Créé pour résoudre en fragments menus la vieille et forte unité provinciale, il n'a pu trouver dans la tradition les points d'appui nécessaires à toute construction juridique et à toute organisation nouvelle. De plus, jusque vers la fin du Second Empire (décrets de décentralisation), il n'a pour ainsi dire pas vécu d'une vie propre, recevant de l'autorité centrale toute impulsion et toute direction. Enfin, les faibles ressources de son domaine (1) et les limites étroites de son

(1) Bâtiments destinés à loger les divers services, voirie départementale ; chemins de fer d'intérêt local.

budget empêchent l'administration départementale de déployer une activité égale à celle que l'Etat met en jeu ; sa responsabilité n'est donc presque jamais discutée ; ce n'est guère qu'à l'occasion des travaux publics qu'il entreprend que naissent les plus fréquents litiges.

La personnalité civile du département (et nous savons quelles relations étroites lient les doctrines de la personnalité et de la responsabilité) a été longtemps discutée. Aujourd'hui où la doctrine est à peu près unanime à la reconnaître (1), on ne discute plus guère que sur la date à laquelle cette personnalité lui a été conférée. Pour les uns (Bathie, t. V, n° 45), par cela seul que la loi du 22 décembre 1789 obligeait le Directoire du département à rendre un compte de gestion au Conseil général, elle faisait naître la personnalité au département et lui conférait un patrimoine propre. Le décret du 9 avril 1811, qui affecta au domaine privé du département où sont logés les services publics, fortifia encore cette personnalité naissante ; pour les autres, c'est seulement la loi de 1838 qui, réglementant l'administration des biens du département, érigea ce dernier en personne morale (Béquet, t. IX). Avant cette date, on ne pouvait tirer argument ni des charges imposées à ce département, ni de leur droit de percevoir des contributions, ni de l'existence d'un budget pour conclure à la personnalité, surtout en présence de la loi des 12 et 17 avril 1791 qui attribua à l'Etat et non aux départements les biens des anciens pays d'Etat, et du silence du Code civil qui ne traite que de l'Etat et de la commune lorsqu'il a à s'occuper des personnes morales de droit public et passe systématiquement sous

(1) Contra Duguit, Saleilles, etc.

silence l'administration départementale. Nous pensons que ces diverses thèses sont les unes et les autres trop absolues, la personnalité avec tous ses caractères existe réellement depuis l'époque intermédiaire, mais avec une interruption qui va de la loi de pluviôse an VIII à la loi de 1838 précitée ; en effet, les lois du 22 décembre 1789-janvier 1790 avaient créé le département, l'avaient délimité territorialement, lui avaient donné un nom ; le premier de ces textes avait créé des organes départementaux ; ces organes collectifs avaient respectivement à connaître de l'administration et de la délibération, ils dépendaient par une solidarité étroite d'un collège d'électeurs. On trouvait donc réunies toutes les conditions requises pour l'existence d'une personnalité morale : volonté collective, organes représentatifs, solidarité étroite entre l'organe et le groupe réalisée moins par un phénomène de pouvoir de l'organe sur le groupe que par un fait d'élection de l'organe par le groupe.

En 1795, cette organisation est profondément modifiée ; c'est le district, l'arrondissement d'aujourd'hui, qui devient la circonscription importante de l'administration et le véritable titulaire de la personnalité morale. La constitution de l'an III rétablit l'organisation départementale, la personnalité du département est encore, à ce moment, entière ; il est maître de son administration intérieure et recrute lui-même ses agents. C'est à peine si un fonctionnaire du pouvoir central, le commissaire du directoire supérieur, chargé de maintenir le respect de la loi, limite cette personnalité vigoureuse. Mais les populations de ces circonscriptions administratives n'étaient pas encore mûres pour la décentralisation et la personnalité, les abus qui furent commis donnèrent prétexte à Bonaparte pour intervenir et faire de l'Administration départemen-

talement un prolongement de l'Administration centrale. La constitution de pluviôse au VIII, en organisant les départements, ne leur laissa que le nom. Le préfet, organe de cette circonscription, n'eût en cette qualité aucun pouvoir propre. Rien ne fut organisé pour rechercher et traduire la volonté collective du groupe, tous les éléments de la personnalité morale disparurent. Et lorsque le pouvoir central voulut bien constituer, en 1811, un domaine départemental, le ton dans lequel il le fit, démontrait bien quelle éclipse la personnalité morale du département avait subie. Encore cette loi de 1811 qui voulait donner « aux sujets des départements une marque de la munificence impériale » leur faisant don des immeubles où étaient logés les services d'Etat n'avait pour but caché que d'éviter à l'Etat les frais d'entretien de ces bâtiments. Si la donation révélait bien la personnalité départementale, l'intention du législateur n'était pas vraiment de la conférer au département. C'était en tous cas pour la loi, plus un moyen qu'une fin. Aussi pensons-nous que les lois et décrets de 1833, 1838 et 1866, qui ont organisé des assemblées représentatives, leur ont donné des attributions, créé un domaine départemental, sont vraiment les textes à partir desquels on peut légitimement parler de la personnalité départementale.

Le département, personne morale, sera obligé de réparer les dommages qu'il a causés, le fondement de cette obligation ne se trouve pas dans le droit commun, car les mêmes raisons que nous avons données pour l'inapplication de la loi civile à l'Etat se retrouvent, d'une façon générale, dans la discussion nouvelle que nous entreprenons. Certains d'entre eux se présentent même avec une nouvelle force ; c'est ainsi que l'argument historique, celui qui consiste à dire que le législateur n'entendait pas

soumettre l'Etat aux dispositions du Code civil, est infirmé par quelques dispositions exceptionnelles visant formellement la plus haute des personnes morales de notre droit public ; au contraire, le département est systématiquement ignoré des rédacteurs du Code. Voulant rédiger la charte juridique des particuliers ils n'ont, à aucun moment, entendu faire figurer, en personne, au Code, cette simple circonscription territoriale toute nouvelle, sans prétention, sans représentation. Mais il est juste de reconnaître et de remarquer que d'autres arguments de la discussion se présentent aussi avec moins de force. C'est ainsi que nous nous sommes appuyés, avec raison, sur la puissance, la richesse, l'activité de l'Etat pour conclure à l'application d'un droit particulier plus extensif que celui qui régit les simples citoyens. Or, il y aurait abus à transposer purement et simplement ces raisonnements de la matière de la responsabilité de l'Etat à celle de la responsabilité départementale ; le département, nous l'avons dit, est faiblement doté au point de vue des biens, ses agents sont en petit nombre, son budget relativement peu étendu.

Mais balance faite entre les variations diverses des éléments du débat, la conclusion est toujours la même, c'est à l'équité qu'il faut se référer pour trouver le fondement de la responsabilité départementale. Toutefois, ce principe d'équité ne saurait avoir des applications aussi larges que celles qui ont été passées en revue dans les pages qui précèdent, car il nous faudra tenir compte de cette incapacité du département, à commettre ces dommages extraordinaires qui, en dehors de toute idée de faute, peuvent peser sur les finances de l'Etat. Comme nous l'avons vu, il était inadmissible que l'Etat mêlé à la

vie sociale par le nombre presque infini de ses agents, rompant à tout moment l'équilibre juridique que la loi a essayé de maintenir entre les citoyens, échappât même dans l'exercice régulier et légitime de ses droits, à tout recours. L'Etat étant plus qu'une personne civile devait être tenu à plus d'obligations. Or, nous venons de rappeler que le département ne s'est jamais présenté sous les mêmes espèces de richesse, de puissance et d'activité que l'Etat. Il est donc logique d'admettre que sa responsabilité est moins grande. Le département, selon nous, ne saurait être rendu responsable que des fautes commises par ses organes. Dans l'exercice régulier et normal de ses droits et si grand que soit le dommage qu'il apporte aux biens ou aux personnes, il doit échapper à toute responsabilité.

En conséquence, le présent titre ne sera pas divisé comme le précédent en deux sections : responsabilité pour fautes, responsabilité en dehors de toute faute, mais n'en comprendra qu'une : des fautes du département et de la responsabilité par lui encourue de ce chef.

Responsabilité du département

CHAPITRE PREMIER

FAUTES DES AGENTS DÉPARTEMENTAUX

Il va de soi que le département, personne morale, a besoin d'organes pour traduire sa volonté et accomplir les actes d'exécution qu'il a décidés. Ceci nous met en présence de trois difficultés. Les organes délibérants du

département peuvent-ils commettre des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du département ? 2° Comment distinguer les préposés départementaux des agents véritables ? 3° Quels sont les actes du préfet qui devront être rapportés à la personne morale Etat ? quels sont ceux qui devront rester propres au département ?

I. — Nous ne croyons guère qu'une responsabilité quelconque puisse échoir au département à raison des actes des conseillers généraux. Ceux-ci au cours de la délibération ne peuvent guère porter atteinte à des droits privés. Les seules fautes qu'ils puissent commettre à cet égard sont des injures ou des diffamations, mais ces divers actes étant prévus par la loi pénale, ce sont des fautes graves, séparables du mandat, des faits personnels qui entraînent la responsabilité de leurs auteurs avec pour corollaire l'irresponsabilité de la personne morale (1). L'insertion au procès-verbal des allégations injurieuses ou diffamatoires a pour résultat d'engager la responsabilité solidaire des membres du Conseil et celle du président, mais elle ne saurait entraîner la responsabilité du département.

Les conseillers généraux ne peuvent, par ailleurs, invoquer la disposition de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 (2), qui soustrait à toute poursuite les discours tenus au sein des deux Chambres ainsi que les rapports ou au-

(1) Cependant une faute légère du conseiller général pourrait très bien être mise à la charge du département.

(2) En présence de ce texte nous n'avons pas examiné dans le titre précédent la responsabilité que l'Etat pourrait se voir imposer à raison des actes dommageables commis par ses organes législatifs.

tres pièces imprimés par leur ordre. Ce texte qui établit une exception au droit commun de la responsabilité doit, évidemment, recevoir l'interprétation restrictive. Du moment que la question préalable se trouvait ainsi écartée, toutes les controverses que nous avons rencontrées, à propos des actes des agents de l'Etat, furent agitées à nouveau à propos des actes des conseillers généraux. On fit notamment remarquer que ceux-ci n'étaient pas toujours personnellement responsables et que souvent leurs actes prendraient nettement le caractère d'actes administratifs. Un conseiller général peut être appelé, par les obligations de son mandat, à donner son opinion sur tel ou tel individu. Soutiendra-t-on qu'il la donne dans un sentiment de haine ? Dira-t-on, au contraire, qu'il agit dans l'intérêt général du département dont il est le représentant ? La discussion peut indéfiniment se dérouler dans le domaine des hypothèses si l'on n'a pas d'espèce précise pour la limiter.

Toutefois, même *in abstracto*, il semble bien que l'on puisse trancher la difficulté par avance. Il nous semble qu'en principe, et sauf le démenti possible des faits, on ne peut présumer qu'un membre d'une assemblée délibérante veuille toujours et en tout cas diffamer les particuliers dont il a à apprécier la conduite. Le délit, pas plus que la mauvaise foi ne se présume pas. Si une telle diffamation intervient, ce sera donc au plaignant à essayer de faire la preuve de l'intention nocive du conseiller général. En dehors de cette intention de nuire on ne peut qu'appliquer la règle : *Neminem lædit qui suo jure utitur*. En remplissant un devoir de sa charge, le conseiller général use évidemment de son droit, il ne peut y avoir de faute et la question de responsabilité ne se pose pas. Si, au contraire, une intention malveillante est établie, il

faudra apprécier la gravité de la faute. Si la faute est légère, elle se confond avec l'exercice du mandat et entraîne la responsabilité de la personne morale, dont le conseiller général est évidemment l'organe. Si, au contraire, la faute est très lourde, si la diffamation est très préjudiciable, parfaitement établie, hors de toute contestation, on a un fait nettement séparable du mandat et qui engendrera une simple responsabilité personnelle du conseiller général.

Cette possibilité de discuter un acte administratif du conseiller général, a été prévue lors des travaux préparatoires. Le rapporteur au Sénat (1) qui concluait à la compétence judiciaire pour l'examen de cette sorte d'actes et dont les conclusions furent acceptées par le Sénat, disait : « Un conseiller général aura-t-il à répondre en » justice de l'accomplissement de son devoir ? (2) Non » assurément. Ce qu'on viendrait lui reprocher n'est plus » un acte diffamatoire, mais un acte administratif et, par » conséquent, ne peut être incriminé. Mais qui aura com- » pétence pour résoudre la question ? » Au reste, dans le système du législateur il n'y avait pas place pour la responsabilité départementale. on ne faisait pas de distinction entre la faute lourde et la faute légère. On mettait en opposition parmi les actes diffamatoires, d'une part, ceux qui constituaient des délits bien caractérisés et qui entraînaient la responsabilité personnelle du conseiller général, et, d'autre part, ceux qui constituaient le simple exercice du mandat et qui, exempts de toute faute, ne

(1) M. Pelletan. — Travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1881. Archives parlementaires.

(2) Le rapporteur suppose précisément que ce devoir comporte une appréciation défavorable d'actes de particuliers,

donnaient ouverture à aucune responsabilité. Quant à l'obligation du département de réparer éventuellement un préjudice causé par ses mandataires, personne ne songeait à la mettre à sa charge. La discussion ne portait que sur l'autorité compétente pour séparer le fait personnel de l'acte administratif ; les uns voulaient attribuer ce contentieux particulier au Conseil d'Etat ; d'autres, et ce fut la solution adoptée, à l'autorité judiciaire ; d'autres enfin, par une application rigoureuse des principes, voulaient saisir de ces litiges le Tribunal des conflits (1). Quoi qu'il en soit, il nous semble conforme aux principes de faire, parmi les actes qui sont réputés simple exercice de la fonction, une distinction nécessaire entre ceux qui ne sont entachés d'aucune faute et ceux qui comportent quelque manquement, si léger soit-il, susceptible de préjudicier à l'honorabilité ou à la considération des particuliers ; dans ce cas, la responsabilité du département s'imposerait.

(1) En ce sens, amendement Demôle. — Si les discours ou les rapports faits dans le sein d'un conseil général ou encore les délibérations de ces assemblées, donnent lieu à une plainte ou à une demande en dommages-intérêts, soit devant la juridiction civile, soit devant les tribunaux de répression ; la partie défenderesse pourra exciper préalablement à toutes défenses au fond, du caractère administratif des discours ou des pièces incriminées. Sur cette exception, le juge saisi sera tenu de surseoir jusqu'à ce que le tribunal des conflits en ait la diligence, de l'une ou de l'autre partie, apprécié le mérite. Si le tribunal des conflits déclare l'exception fondée, l'effet de cette décision est de dessaisir le juge devant lequel la plainte aura été portée, ou l'action introduite. Dans le cas contraire, les parties seront renvoyées de plein droit devant cette juridiction pour être suivie et statuée ainsi qu'il appartiendra. (Archives parlementaires.)

II. — Le département a de nombreux agents qui prennent des décisions en son nom, préparent ces décisions ou veillent à leur exécution, tous ne peuvent pas être considérés comme organes de la personnalité départementale. Le bibliothécaire d'une préfecture ne fait pas des actes analogues à ceux faits par le préfet lui-même. Il faut distinguer entre ces divers agents, car suivant les fonctions qui leur seront attribuées, le fondement de la responsabilité variera. La responsabilité du département à raison des actes de ses préposés, est fondée sur la *culpa in eligendo*, sur la faute précise qui résulte d'un mauvais choix ou d'une surveillance insuffisante. Au contraire, la responsabilité des véritables organes se base sur la simple équité et dispense de donner à l'avance la liste précise de toutes les fautes qui pourront être commises. Il y a donc un intérêt capital à distinguer parmi les agents du département, ceux dont les attributions revêtent le caractère d'une simple préposition et ceux, au contraire, qui incarnent la volonté collective de la circonscription départementale. A vrai dire, il n'y a guère, parmi ces derniers, que le préfet, les conseillers généraux et la Commission départementale. Les conseillers de préfecture sont bien des organes du département, mais comme ils n'ont qu'un caractère consultatif, ils ne peuvent guère préjudicier aux particuliers et la question de responsabilité ne se pose pas. On voit donc que pour le département, on ne retrouve aucune des discussions que comporte la matière que nous traitons, lorsqu'il s'agit de l'Etat.

La responsabilité du département, à raison des actes de ses préposés, ne souffre d'ailleurs pas discussion. Indépendamment des actes résultant d'un contrat, le département peut aussi être tenu d'obligations résultant d'un

quasi contrat, d'un délit ou d'un *quasi délit* de ses préposés, fonctionnaires, entrepreneurs, ouvriers rétribués sur les fonds départementaux. (Allard, *De la personnalité civile du département*, *op. cit.* 229. Dans le même sens, Béquet, répertoire, t. X, n° 1700).

III. — Une dernière difficulté se pose : lorsqu'un acte du préfet donnant naissance à des responsabilités peut être rapporté à l'une ou à l'autre des personnes morales dont le préfet est l'organe, à l'Etat ou au département, le préfet est le représentant des intérêts spéciaux du département considéré comme personne morale, il a l'obligation d'assurer la sauvegarde et la bonne administration des biens départementaux. Les pouvoirs qui lui sont donnés à ces fins se combinent avec ceux du Conseil général à qui la loi du 8 août 1871 a conféré des droits qui appartenaient autrefois en propre à l'autorité préfectorale. Cette situation rend donc assez difficile l'énumération des actes que le préfet peut faire en sa qualité d'organe départemental — l'examen de ses attributions se confond nécessairement avec l'examen des attributions du Conseil général. Là où ce dernier a reçu compétence formelle, il est certain que le préfet n'a pas à intervenir. Là où le concours du Conseil général et du préfet est nécessaire, il est également certain que le préfet ne saurait se dérober. Toutefois, sans entrer dans les détails d'une énumération fastidieuse, l'on peut dire que le préfet procède ou fait procéder à l'instruction des affaires sur lesquelles le Conseil général et sa commission départementale ont à délibérer ou à décider ; cette préparation des affaires prend une importance particulière en matière de budget. Le préfet, en outre, accepte ou refuse à titre provisoire et sauf l'approbation de qui il

appartient les libéralités faites au département ; il est le représentant naturel du département pour agir en justice ou y défendre les intérêts départementaux (1) ; il rédige ou fait rédiger des rapports relatifs aux intérêts départementaux et au fonctionnement des services publics de sa circonscription, pendant les intervalles des sessions du Conseil général et des séances de la Commission départementale et statue sur les innombrables questions de détail que la pratique soulève. Enfin nulle dépense du département ne peut être payée qu'elle n'ait été ordonnancée par l'autorité préfectorale.

Ainsi l'on voit que l'on peut dans un très grand nombre de cas rapporter d'une façon précise à la personne morale département le bénéfice ou la responsabilité des actes préfectoraux, mais il est difficile de trouver la formule de la séparation exacte ; aussi certains auteurs ont-ils pris texte de cette impuissance doctrinale pour nier les droits propres qui appartiennent à l'autorité préfectorale et soutenir que lorsque ces droits sont exercés c'est à l'Etat et non au département qu'il faut en rapporter les conséquences. C'est surtout en matière de puissance publique qu'ils raisonnent ainsi, car ils consentent pour la plupart à admettre une personnalité patrimoniale du département à laquelle on pourrait en conséquence imposer des responsabilités pour les dommages causés par les actes de gestion du département. Tout l'effort de la controverse porte donc sur les actes d'autorité. On dénie que le département puisse en faire, et quand il en fait on soutient que ce n'est pas lui, mais

(1) Sauf conflit entre le département et l'Etat, auquel cas il est remplacé par le plus ancien conseiller de préfecture.

bien l'Etat qui, par son organe, le préfet, réalise les fins poursuivies. En conséquence, l'Etat étant suivant la jurisprudence, irresponsable en matière de puissance publique, on écarte tout recours des particuliers.

On voit combien ces conséquences sont contraires à l'esprit général de la doctrine que nous avons soutenue, et on ne s'étonnera pas de nous la voir combattre, mais auparavant, il importe de l'exposer et c'est à M. Duguit que nous allons avoir recours pour ce faire : « Il est certain, dit le savant professeur de Bordeaux, que le droit positif français reconnaît à l'heure actuelle une personnalité patrimoniale du département et de la commune. La personnalité patrimoniale du département s'est lentement établie au cours du siècle dernier..., la personnalité patrimoniale de la commune a toujours existé. Les communes et les départements sont titulaires de droits patrimoniaux, ils ont des organes qui exercent ces droits, gèrent ces biens, cela est hors de doute..., mais nous soutenons que lorsque le Conseil général, la Commission départementale (1) font un acte, considéré d'après la conception française comme un acte de puissance publique, il n'y a pas une loi française qui puisse s'interpréter de façon à voir dans cet acte l'exercice d'un droit de puissance publique dont le département serait titulaire, à voir dans ces agents les organes du département. » Lorsqu'un de ces agents fait un tel acte il agit comme agent de l'Etat et non comme agent de la commune ou du département. Pour soutenir le contraire, on ne peut que faire le raisonnement suivant : le Conseil général est le représentant du département, les

(1) *A fortiori* le préfet.

pouvoirs dont il est titulaire ne sont exercés qu'au nom de cette circonscription ; donc c'est à celle-ci qu'ils appartiennent, donc enfin si des droits de puissance publique sont exercés au nom du département c'est que celui-ci en est titulaire. Or, ce raisonnement est un sophisme, l'élection n'implique par représentation, la nomination du préfet pas davantage, la nomination ou l'élection d'un agent n'est pas la cause génératrice de la compétence qui lui appartient, « cette cause est dans la loi seule, et la » nomination quelle que soit sa forme, élection ou autre, » est simplement la condition de l'application à un individu de la loi de compétence. »

La puissance publique, la souveraineté, ne se partage pas. les circonscriptions administratives n'en ont aucune parcelle. Elle appartient en propre à la nation et aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice. Si donc, en fait, une autorité exerce la puissance publique c'est au nom de la nation, c'est au nom de l'Etat ; lorsque le préfet dans l'intérêt de la reproduction du poisson dans le département prend ses arrêtés en matière de pêche après avis du Conseil général, il exerce en réalité la puissance publique de l'Etat, et non celle du département qui n'existe pas. La responsabilité qui pourrait être encourue par ses fautes c'est l'Etat qui, en théorie, en aura la charge, à laquelle en pratique il se dérobera en plaidant son irresponsabilité en matière de puissance publique.

En réalité, toute cette argumentation ne nous touche guère ; nous reconnaissons avec M. Duguit que l'élection ne confère pas nécessairement la souveraineté qu'elle n'est point un mode de transfert de la souveraineté de l'électeur à l'élu, pas plus que la nomination d'un fonctionnaire n'est pas un transfert de l'autorité qui nomme, au fonctionnaire qui est nommé ; mais nous nous refusons à admettre le caractère absolu et indivisible de la

souveraineté telle que la conçoit et l'expose, d'après Rousseau, l'éminent auteur. Le souverain peut parfaitement dédaigner d'exercer sa souveraineté dans des circonscriptions déterminées, et s'il voit d'un œil favorable une autorité locale l'exercer à sa place, si même par une permission légale il consent à se dépouiller au profit de cette autorité locale de sa souveraineté, on ne voit pas pourquoi il en serait empêché. Sa souveraineté reste entière en ce sens qu'il peut quand il voudra par une abrogation de la loi décentralisatrice reconstituer à son profit cette souveraineté intégrale de laquelle il a laissé détacher une parcelle. Et il est, de plus, très clair que s'il ne pouvait faire abandon d'une partie de ses prérogatives, le souverain cesserait d'être tel, car le propre de la souveraineté est de ne pouvoir être contrainte, et le souverain trouverait une contrainte dans la loi qui l'obligerait à tout faire par lui-même, à ne pas se déléguer, à ne pas se concéder.

Au point de vue du droit, dit M. Hauriou, la décentralisation est une matière d'être de l'Etat caractérisée par ce fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives qui ont la jouissance des droits de puissance publique et qui assurent le fonctionnement de services publics en exerçant ces droits, c'est-à-dire en faisant des actes d'administration. Ces personnes administratives sont toutes des membres de l'Etat ou plutôt des incarnations multiples de l'Etat ; les personnes administratives secondaires, départements, communes, colonies, établissements publics, sont les autorités locales ou spéciales personnifiées (1)... M. Duguit n'est pas satisfait

(1) Béquét.—Répertoire. Décentralisation, 9, p. 482.

par cette explication. Au fond, dit-il, l'on ne résout le problème de la contradiction de l'unité de la souveraineté et de l'existence d'agents décentralisés que par une notion de délégation ou de mandat, notion aussi inexacte que possible ; car elle suppose l'existence de deux personnalités juridiques, et détruit toute unité de l'Etat ; il est inadmissible que l'Etat soit considéré comme morcelé en 86 départements et en 36.000 communes, et que ces circonscriptions reçoivent par l'effet du mandat un fragment de la souveraineté ; c'est un mystère des plus troublants que celui de l'incarnation de l'Etat en ces multiples personnes.

M. Duguit est un impitoyable analyste ; il ne peut concevoir que des parties d'un même tout aient une vie particulière, et que la loi de solidarité les unisse néanmoins en un corps commun. L'explication scientifique de ce délicat mécanisme faisant défaut, il conclut qu'il y a illogisme à vouloir admettre à la fois la coexistence et l'unité de tous les groupements envisagés. Au fond, cette critique est du même genre que celle que nous avons rencontrée dans la première partie de notre travail, lorsque nous avons essayé d'expliquer le phénomène de la volonté collective, et la réponse est la même : que l'analyse poussée à ses dernières limites est incapable d'aboutir à autre chose qu'à déceler les contradictions que la synthèse fait disparaître. En faisant remarquer que toutes les circonscriptions et formations administratives forment par leur ensemble solidaire l'Etat, de même que les volontés individuelles solidairement mises en acte aboutissent à la volonté collective, M. Hauriou ne prétend pas avoir recours aux formules traditionnelles du mandat et de la représentation, mais bien traduire par une image très juste l'exacte situation de fait que présentent les ins-

titutions actuelles. D'ailleurs, à bien examiner les choses, les agents décentralisés ne sont pas absolument indépendants et autonomes dans leur sphère. Un lien souple, mais fort les rattache à l'Etat central ; certains auteurs exagèrent la nature de ce lien, disent que départements et communes sont en tutelle. En réalité, ces personnes morales qui ne sont pas des mineures ne sont pas cependant complètement autonomes. La plupart de leurs délibérations et la totalité de leurs actes sont soumis au contrôle de l'autorité centralisatrice. La souveraineté qu'elles exercent leur est concédée et non aliénée, et de peur qu'elles ne l'oublient, l'autorité centrale retient toujours par devers elle la suprématie du contrôle.

Pour résumer et clore toute cette discussion, nous dirons : les personnes morales secondaires, départements et communes, jouissent de droits de puissance publique, la souveraineté de l'Etat n'est pas atteinte par l'exercice de cette puissance publique locale : les organes de ces personnes morales peuvent donc voir leurs actes rapportés tantôt à la personne morale elle-même, tantôt à l'Etat, suivant les dispositions de la loi ; il est inexact de prétendre que les actes de puissance publique de ces organes doivent toujours être rapportés à l'Etat. Il est inexact de prétendre que la responsabilité encourue par les organes de cette personne morale, lorsqu'ils font acte d'autorité doive toujours être rapportée à l'Etat. Bien que le préfet, dit M. Allard (1), ne soit pas un fonctionnaire du département, le département peut cependant être considéré comme responsable de ses actes, lorsque l'acte

(1) De la personnalité civile du département, 1885, p. 229.
Op. cit.

incriminé a été accompli par le préfet agissant comme représentant du département.

CHAPITRE II

APPLICATIONS DE LA JURISPRUDENCE

Nous avons posé en principe que le département était responsable à raison des fautes commises par ses organes et ses préposés, sans admettre d'ailleurs qu'il puisse exister à son encontre une responsabilité particulière, en dehors de toute idée de faute, dont le fondement se trouverait dans le caractère grave du dommage et l'activité intense de la personne morale envisagée. Cette responsabilité particulière mise à la charge de l'Etat, il nous a semblé raisonnable d'en exonérer le département ; il ne nous reste donc qu'à citer quelques exemples de responsabilité départementale déterminée par les fautes des agents départementaux. Nous ne suivrons pas, dans cette revue de jurisprudence, l'ordre que nous avons suivi dans l'étude de la responsabilité de l'Etat, nous ne parcourrons pas l'une après l'autre chacune des catégories des actes de gestion, de puissance publique discrétionnaire et de gouvernement, parce que nous estimons que la personnalité morale du département ne comporte guère que l'accomplissement de simples actes de gestion et de puissance publique ; et aussi parce que le petit nombre des hypothèses rend inutile une si laborieuse classification.

Le préfet qui, sur le vu d'un état d'inscription délivré par le conservateur des hypothèques, et comprenant par erreur des inscriptions ne grevant pas les biens vendus, a ordonné le versement de l'indemnité à la caisse des dépôts et consignations, peut être condamné en qualité de représentant du département à réparer le préjudice causé alors qu'un examen attentif aurait fait connaître l'erreur contenue dans le certificat délivré par le conservateur. Il s'agissait dans cette affaire d'une vente à une compagnie de chemin de fer, de terrains appartenant à un sieur Alban Andoque ; avant de remettre le prix des terrains au propriétaire, le préfet voulut s'assurer qu'aucune créance hypothécaire ne grevait les immeubles vendus afin de purger, le cas échéant, les terrains de toutes les dettes auxquelles ils servaient de gage réel. Dans ce but, il se fit communiquer un état des inscriptions hypothécaires qui pouvaient exister à l'encontre du sieur Andoque. Le conservateur des hypothèques, trompé par une homonymie, releva dans ses registres une inscription hypothécaire à l'encontre d'un sieur L. Andoque, négociant en fourrages et la transmit au préfet. Celui-ci, sur le vu de cette inscription, sans remarquer qu'il n'y avait pas concordance entre l'initiale des prénoms et les professions des deux homonymes, consigna purement et simplement la somme à la caisse des dépôts et consignations. Le sieur Alban Andoque, n'entrant pas en jouissance de son prix, et ne se voyant allouer par la caisse des dépôts et consignations qu'un faible intérêt (3 %), fit état de ce préjudice et de la faute commise par le préfet pour obtenir des dommages. Le Tribunal civil de Béziers, et sur appel la Cour de Montpellier déclarèrent son action recevable, parce que l'erreur du préfet n'était pas exclusivement imputable au conservateur des hypo-

thèques, parce que le dossier n'avait pas été l'objet d'un examen attentif qui aurait fait découvrir l'homonymie, et parce que cette négligence était d'autant plus répréhensible que les bureaux des préfectures ne sont pas en cette matière de simples organes d'enregistrement et de transmission. (Montpellier, 24 nov. 1875. S. 76-2-205).

Un certain nombre de condamnations ont atteint divers départements à raison de responsabilités encourues par le service de l'assistance publique. L'assistance publique est, en effet, un service départemental ; sans doute, dans chaque commune, le maire sous l'autorité du préfet, aux instructions de détail duquel il doit se conformer, assure l'exécution de la loi, mais le service ne change pas pour cela de caractère et ne devient pas communal, car le maire n'agit que comme agent administratif procurant l'exécution des ordres préfectoraux ; au surplus, le département contribue pour moitié (art. 15 de la loi de 1874) au fonctionnement de ce service. Le département est donc responsable des fautes commises par ce service. Spécialement, il est tenu à dédommager la nourrice à laquelle a été confié un enfant syphilitique qui a contaminé la femme dont il a sucé le lait. Et la faute génératrice du dommage n'est pas dans le fait d'avoir confié l'enfant syphilitique à la nourrice, mais bien de n'avoir pas procédé à un examen sérieux de l'enfant dont l'état rachitique et l'origine inconnue nécessitaient une surveillance des plus attentives (24 février 1893, S. 93-2-72). Par contre, si rien ne mettait l'Administration en garde contre la maladie cachée, si l'enfant se présentait avec toutes les apparences de la santé et de la force, si la mère, sollicitée de faire connaître ses antécédents morbides, n'avait rien déclaré à ce sujet, l'Administration

cesse d'être responsable. La contamination n'est pas imputable à sa négligence ou à sa faute ; c'est un cas en dehors des prévisions de la sagesse humaine et dont le caractère fortuit rend la nourrice irrecevable à agir en responsabilité. (S. 93-2-103.) Ces solutions qui sont l'application des principes courants de la faute sont également préconisées par la jurisprudence étrangère. En Italie, on a décidé qu'une commission des hospices qui, en faisant choix de son médecin s'est exactement conformée aux règlements administratifs édictés à cet égard et a veillé à leur observation, ne saurait être déclarée responsable de la faute ou de la négligence du médecin, régulièrement nommé de l'hospice, si ce médecin a confié à une nourrice un enfant atteint de syphilis et a ainsi déterminé la contamination de la nourrice. C'est l'application pure et simple des principes de la préposition ; le préposé demeure seul responsable lorsque, malgré une surveillance attentive de son commettant, il se laisse aller à une négligence. Mais on remarquera avec quel soin la jurisprudence italienne (Turin, 2 décembre 1897, D. 1900-2-475) relève l'accomplissement de toutes les obligations réglementaires imposées à l'administration hospitalière, car il n'est pas douteux que le moindre manquement à cet égard aurait constitué cette Administration en faute et aurait fait retomber sur elle la responsabilité qui incombait au médecin.

La faute ou la négligence qui peuvent être discutées lorsqu'il s'agit de simples faits devient en effet incontestable lorsqu'elle s'analyse en une violation de règlements. Il suffit donc que les tribunaux relèvent une violation de ce genre pour conclure aussitôt à la responsabilité du département. C'est ainsi qu'a été déclaré responsable le département dans un hospice duquel une autopsie

est opérée contrairement aux règlements. L'Administration ne peut en effet faire ou laisser pratiquer l'autopsie d'une personne décédée dans un établissement hospitalier, que si les corps ne sont pas réclamés par la famille. Si donc, une femme transportée dans un hospice y meurt à peine arrivée, avant même d'y avoir été admise et couchée dans un lit, son mari est recevable à agir en dommages-intérêts contre l'Administration de l'hospice, à raison du préjudice moral qui est résulté pour lui de ce que l'Administration hospitalière a fait ou laissé pratiquer l'autopsie sans en avoir avisé le conjoint survivant (Pastre, D. 98-2-164).

Les recours dirigés contre le département, le sont en général à l'occasion d'actes de gestion de services publics ; ils sont donc portés devant les tribunaux judiciaires, et ceux-ci ne se sentent point de scrupules sur la question de compétence. Au surplus, devant un acte d'autorité caractérisé ils sont beaucoup plus hardis, lorsque cet acte d'autorité est fait par la personne morale départementale, que lorsqu'ils se trouvent en présence d'un acte de même nature de l'Etat. Dans ce dernier cas, ils déclinent purement et simplement la connaissance de l'affaire ; au contraire, lorsque le département est en cause, ils reproduisent la vieille distinction que faisait la Cour de cassation, lorsqu'elle s'obstinait à vouloir connaître des questions de responsabilité de l'Etat, entre l'acte juridique du fonctionnaire et les mesures matérielles prises pour son exécution. Se disant radicalement incompétente pour apprécier l'acte administratif en lui-même, s'interdisant toute connaissance des ordres émanés de l'Administration et respectant ainsi le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, l'autorité judiciaire se reconnaît cependant

le droit d'examiner les modalités d'exécution de ces actes, de relever les fautes, les erreurs, les abus qui les vicient, et de déduire de l'existence de ces fautes, de ces erreurs et de ces abus, la nécessité des réparations équitables. Telle est du moins la doctrine contenue dans un arrêt de la Cour de Montpellier en date du 14 janvier 1903, rapporté dans Sirey, 1904-2-169 : L'autorité judiciaire est compétente pour apprécier les erreurs commises indépendamment d'un arrêté préfectoral, pour l'exécution de celui-ci par un entrepreneur de transports d'aliénés qui a fait erreur sur la personne. Il ne s'agissait pas en effet de statuer sur des actes administratifs mais sur une confusion grossière pour la constatation de laquelle la Cour n'avait pas besoin de s'immiscer, en violation de la règle de la séparation des autorités judiciaires et administratives, dans le fonctionnement d'un service public.

Cet arrêt est nettement contraire aux principes que le Tribunal des conflits a essayé de faire prévaloir en la matière. Cette haute juridiction a souvent décidé que les particuliers, chargés exceptionnellement d'exécuter un ordre de l'autorité, étaient dans l'exercice de cette exécution de véritables fonctionnaires dont la responsabilité, tant au point de vue de la compétence que du fond du droit, devait être appréciée comme s'ils étaient des organes de l'autorité publique. Si le conflit n'a pas été élevé, c'est que les circonstances du litige étaient plutôt en faveur de la compétence judiciaire. M. Perreau, dans une note sous l'arrêt qui nous occupe a fait ressortir les raisons qui motivent cette solution : les actes d'un simple entrepreneur, dit-il, « doivent être beaucoup plus surveillés que ceux d'un fonctionnaire *stricto sensu*. » Car si ce dernier, par suite de son recrutement, de sa

soumission à la discipline hiérarchique, de l'instruction technique que l'Etat exige qu'il ait reçu ou qu'il lui fait donner lui-même : des habitudes professionnelles qu'il contracte et de l'esprit de corps qui l'anime, présente vis-à-vis du particulier de nombreuses garanties, il en va tout autrement de l'entrepreneur chargé de l'exécution matérielle de certains actes d'autorité. Ici l'autorité judiciaire, gardienne des libertés publiques, et n'ayant pas besoin d'intervenir dans le mécanisme intime du service public au fonctionnement duquel l'acte d'exécution se rattache, est beaucoup mieux qualifiée pour connaître de l'action que l'autorité administrative. A un autre point de vue, il est très-équitable de rapprocher le juge du justiciable. Au lieu d'adresser ce dernier au juge de droit commun du contentieux administratif, qui siège loin de lui, ne vaut-il pas mieux l'adresser au Tribunal civil de son arrondissement, le mettre en rapport avec des auxiliaires de la justice souvent connus de lui, et non avec les membres d'un ordre éloigné, dont les services se paient en raison directe de leur autorité et de leur talent, c'est-à-dire très cher, qui ne peuvent d'ailleurs, quel que soit leur désintéressement personnel, se départir de leurs habitudes et de leurs tarifs puisque leurs charges soumises à la règle détestable de la vénalité augmentent toujours de valeur, en dépit de la Chancellerie. De plus, il est bon de se souvenir que les tribunaux administratifs, dont l'impartialité est habituelle, sont quelquefois dans l'obligation, surtout en matière de responsabilité, d'écouter d'une oreille plus attentive les déductions du défendeur, et qu'ils ne sont point, en cette matière, garantis comme les membres de l'autorité judiciaire par l'inamovibilité. Ces raisons tirées du bon sens et de la pratique ont dû peser sur l'esprit du préfet qui

bien que condamné n'a adressé à l'autorité judiciaire aucun déclinatoire d'incompétence.

La responsabilité particulière qui incombe au département pour internement abusif, ajoute-t-on, doit d'autant plus être appréciée par l'autorité judiciaire que la loi de 1838, article 29, décide que les tribunaux civils prononceront l'élargissement des prétendus aliénés même internés d'office par l'Administration. En cette matière, le législateur déroge expressément à la règle de la séparation des autorités car il permet à l'autorité judiciaire de troubler à un haut degré les opérations des administrateurs, en ordonnant des mesures qui sont absolument contraires à celles prises par les agents publics. Ils déclarent en faute par leur décision même le préfet ou le commissaire de police qui a pris l'initiative de l'internement, ils critiquent les motifs en vertu desquels la mesure a été prise et qui doivent obligatoirement figurer dans l'ordre d'internement. S'ils ont donc une telle compétence, subversive à ce point de la loi du 16 fructidor an III, ne pourront-ils pas indépendamment de la mesure principale qui est l'élargissement, statuer sur les dommages-intérêts ? Ordonner la réparation du préjudice causé par une séquestration arbitraire, c'est statuer indirectement sur la mise en liberté, car l'Administration, condamnée à payer une forte somme pour ce motif s'empressera de relâcher sa victime afin d'éviter une plus ample condamnation. L'autorité judiciaire doit donc être compétente par application de l'article 29 de la loi de 1838.

Nous regrettons de ne pas partager l'opinion du maître éminent qui annote ainsi la décision de la Cour de Montpellier. Qui ne voit d'abord que la menace de dommages-intérêts à payer, laissera l'Administration aussi

indifférente que la demande en libération. Si l'Administration résiste à cette dernière, c'est qu'elle croit avoir des éléments suffisants pour ordonner l'internement. A *fortiori*, elle fera état de ces éléments pour repousser la demande accessoire de dommages. D'ailleurs, à dire le vrai, il nous semble inadmissible de soutenir que la réparation du préjudice est l'accessoire de la cessation du préjudice ; nous avons protesté contre cette doctrine lorsque sous une autre forme, M. Michoud soutient que l'intérêt principal d'un individu est d'obtenir la cessation du préjudice, la nullité de l'acte qui le lèse et l'accessoire d'en être indemnisé. A raisonner ainsi, il nous semble qu'on abuse de la maxime : *Accessorium sequitur principale*. Entre l'intérêt public qu'il y a à ce que les citoyens soient garantis *de plano* contre l'arbitraire de l'autorité et l'intérêt purement privé de la réparation d'un préjudice, il y a plus qu'une hiérarchie, il y a une opposition. La disposition de l'article 29 de la loi de 1838 fait évidemment échec à la règle de la séparation des autorités mais, c'est une raison de plus pour appliquer avec énergie cette règle dès qu'on se trouve hors de l'hypothèse d'exception prévue par le législateur.

L'autorité judiciaire n'applique pas les principes d'équité pure auxquels nous nous sommes référés pour conclure à la responsabilité du département ; elle fait simplement application du droit civil, des articles 1382 et suivants et en particulier de l'article 1384. Le département est responsable en l'espèce parce que le préfet est réputé son préposé ayant agi en exécution de la loi de 1838 qui fait du service des aliénés un service public départemental. Quant à la faute reprochée, c'est un manque de surveillance de l'agent d'exécution ; l'acte d'internement aurait dû en effet avoir pour corollaire des

mesures de surveillance au cours de son accomplissement, à défaut desquelles le département est responsable. Nous avons critiqué en temps et lieu cette doctrine qui fait application à des personnes morales de droit public de textes qui ne les visaient nullement ; nous n'y reviendrons pas. Enfin, l'arrêt que nous citons exonère de toute responsabilité le maire de la commune où l'arrestation du pseudo-aliéné a été ordonnée. Cette solution est équitable, le maire n'ayant fait que procurer l'exécution des ordres reçus. Mais ce qui est singulier, c'est que le motif de cette irresponsabilité est tiré non du fond du droit, mais de la rédaction des qualités. Le maire, en effet, avait été assigné en sa qualité de représentant de la commune, la commune n'avait évidemment encouru aucune responsabilité dans cette affaire et le maire qui est son organe ne pouvait rien se voir reprocher de ce chef. Qu'aurait décidé la Cour si le maire avait été assigné en qualité de représentant du pouvoir central, chargé de l'exécution des mesures de sécurité et de police générale ? Aurait-elle déclaré que son activité de ce chef ne s'exerce qu'en vertu de la délégation préfectorale ? mais alors, on se serait trouvé en présence de deux responsabilités, l'une encourue par le département à raison des fautes commises dans un de ses services publics, l'autre, celle de l'Etat, à raison des fautes commises par le maire, délégué du préfet, dans ses pouvoirs d'administrateur général du territoire, pouvoirs qu'il exerce en qualité d'organe de l'Etat. Et dans cette situation, il serait bizarre que le préfet par délégation duquel le maire a agi, ne mette en jeu que la responsabilité départementale, alors que le maire, son délégué, met en jeu la responsabilité de l'Etat. La rédaction défectueuse des qualités a évité à la Cour d'avoir à

statuer sur une telle difficulté ; c'est peut-être regrettable, car cette décision aurait fixé un point très délicat de doctrine.

En se plaçant sur le terrain du droit civil, la jurisprudence restreint nécessairement la responsabilité du département qui aurait des obligations plus étroites s'il était tenu en vertu de la seule équité. Ainsi au cours d'une fête donnée par des particuliers dans un immeuble du département que celui-ci avait prêté aux organisateurs, un accident est arrivé par suite du mauvais entretien de l'édifice, et un des invités est blessé. En équité, le département était en faute, l'accident étant arrivé par suite des défectuosités de l'immeuble, lesquelles étaient dues à une négligence dans l'entretien. La circonstance qu'il avait offert gracieusement cet immeuble était dans l'espèce sans intérêt, car l'accident aurait toujours pu se produire, quel que fût l'occupant du bâtiment ; elle ne déplaçait donc pas la responsabilité. Le Tribunal civil auquel on demandait une condamnation, s'est vu cependant obligé de ne pas la prononcer ; du moment qu'il voyait dans le droit civil le fondement des obligations de responsabilité, il a été logiquement amené à appliquer l'article 1891 (1) du Code civil. Parmi les blessés, il n'y avait aucun organisateur de la fête, ceux-ci n'avaient subi aucun préjudice, ils étaient les seuls à pouvoir réclamer, toute autre personne devait donc être déboutée, et en vertu de ce raisonnement d'une incontes-

(1) Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

table logique juridique, le département échappa à toute responsabilité (S., 98-1-65). Heureusement la Cour d'appel et sur pourvoi la Cour de cassation firent application à la victime des dispositions très larges de l'article 1386. (Voir la note de M. Esmein.)

Les Conseils de préfecture, organes départementaux, ont souvent hésité à prononcer des condamnations contre leur département, surtout en matière de travaux publics ; ils avaient une tendance à condamner les entrepreneurs ou autres agents départementaux, sans remonter jusqu'à la personne morale qui avait préposé ces agents à l'exécution de ces travaux. Sur appel, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à réformer les arrêtés de ce genre, le département, a-t-il décidé, peut-être déclaré responsable envers les tiers des faits et des négligences des agents chargés de l'exécution des ouvrages publics départementaux.

CONCLUSION. — Nous avons ainsi achevé de passer en revue les quelques hypothèses de fait dans lesquelles la jurisprudence a statué sur la responsabilité départementale, et par cela même nous avons terminé l'étude de notre titre deuxième. On a pu se rendre compte au cours de ces développements que les idées en matière de responsabilité départementale ne sont pas aussi nettement affirmées et aussi violemment heurtées qu'en matière de responsabilité de l'Etat. Nous sommes ici dans une matière de formation récente et qui n'est pas encore dominée par des principes bien nets. Et la raison profonde de ces flottements, c'est non seulement celle qui consiste à dire que le département, par son administration simple et sa faible activité publique, ne heurte et ne moleste

que dans une mesure restreinte les intérêts privés ; c'est encore et surtout celle qui prend texte de la lente élaboration de la personnalité départementale et de l'absence de traditions sur lesquelles cette personnalité puisse s'appuyer. Ainsi se trouve une fois de plus mis en lumière le lien caché qui rattache d'une façon étroite les questions de personnalité et celles de responsabilité. Ainsi se trouve justifiée la parole d'un de nos maîtres : « Si jamais on procède à la refonte de la classification de nos lois administratives, la première de ces dispositions à y insérer, sera celle qui déterminera le nombre et l'existence des personnes morales de notre droit public. » (M. Lévy Hulman.)

TITRE III

LA COMMUNE

Les règles de responsabilité dont nous avons fait application à l'Etat et au département doivent selon nous régir aussi la responsabilité communale ; d'une part, en effet, la personnalité communale existe d'une façon pleine et entière, d'autre part l'équité l'oblige aussi impérieusement que toute autre collectivité.

I. — De la personnalité communale

La personnalité communale est une de celles qu'il est le plus malaisé de révoquer en doute. Dans l'antiquité, la vie municipale a été toute la vie politique et sociale. La notion d'Etat n'est apparue que sous la forme de fédération des cités. Le monde romain, si considérable que fussent ses dimensions territoriales, n'a pu les agrandir qu'en multipliant le nombre des municipes, qu'un lien de sujétion rattachait à la ville mère. Certes, les débuts de cette personnalité ont été lents et timides, l'individualisme romain a longtemps répugné à admettre cette notion de collectivité agissant et vivant en dehors des indi-

vidus qui la composent. Et cependant telle est la vérité et la nécessité de cette notion que même dans ce milieu défavorable, elle a pu naître et se développer. Le premier progrès dans cette voie fut d'admettre que des biens pouvaient être la propriété de la civitas. Comment ce progrès s'est-il réalisé, on ne le sait ; peut-être la coutume ancienne a-t-elle été amenée à cette conclusion par le souvenir de l'ancienne indivision foncière, du caractère communautaire qu'a revêtu dans les anciens âges la propriété, surtout la propriété immobilière (Laveleye, *Histoire de la propriété*). Peut-être aussi l'agglomération primitive était-elle issue d'un même ancêtre des biens duquel les descendants ne se regardaient comme propriétaires privés que sous la condition et charge d'en transmettre une part à titre collectif à leur descendants. Ou bien se rendit-on compte que la meilleure utilisation de certains biens, tels que pâturages ou forêts ne serait obtenue que sous la condition de ne pas les approprier privativement. *Ut promiscue utantur*. Quoi qu'il en soit, Savigny, qui constate le fait, déclare (t. II, p. 286), que son explication historique est quasiment impossible. La coutume, le *mos majorum*, ayant donc admis le droit de propriété de la civitas, le second progrès consista à la faire passer de l'Etat statique à l'Etat dynamique, de faire agir et vouloir cette personnalité, qui ne se présentait que comme une masse confuse de biens, inapte à mettre en œuvre la faculté juridique par excellence : la volonté. L'hostilité systématique des juristes à l'idée de représentation, la difficulté pour les simples citoyens à s'élever jusqu'à cette abstraction, à cette immatérialité rendaient la solution du problème bien difficile. Ce fut par un détour que l'on y par-

vint ; la cité capable de posséder comptait dans son patrimoine des esclaves. Les avait-elle usucapés, ou son dominium provenait-il d'une autre origine, peu importe, le *jus civile* décidait que les formules prononcées par une personne en puissance lient le maître lui-même ; par l'intermédiaire de son esclave, la cité pouvait devenir créancière ou débitrice ; sans doute, dans la rigueur du droit, cet accroissement ou cette diminution de patrimoine étaient absolument comparables à l'accroissement d'une récolte ou à la moins-value d'un bien quelconque ; l'esclave est une chose frugifère, productive non seulement par son travail, mais encore par son activité juridique (1). Toutefois lancée dans cette voie, la cité ne pouvait s'attarder à cette représentation informe du début, elle devait être pourvue d'organes moins rudimentaires. La cité put acquérir et contracter par l'intermédiaire de ses magistrats. Nous appliquerons cette règle, dit Ulpien (loi 2), que les municipes peuvent posséder et usucaper ; cette faculté leur est procurée par leur esclave et par la personne libre. Enfin, par un dernier progrès, la personnalité même fictive de la cité devient définitive lorsqu'elle a le droit d'agir en justice. En matière d'action, la représentation des cités depuis Alexandre Sévère est devenue le courant usage ; « ce jour-là, l'idée de la personnalité fit un grand pas et elle arriva ainsi au plus grand développement qu'elle pût acquérir chez les Romains. » (2)

Le droit de la responsabilité à cette époque du plein

(1) *Si servus reipublicæ vel municipi, vel coloniæ stipuletur, puto valere stipulationem.* 3. Dig. De Stipulatu servorum, XLV.3.

(2) Houdoy. — De la Condition et de l'Administration des villes chez les Romains.

épanouissement du municipe est le suivant. Les magistrats municipaux encourent une large responsabilité, elle est énergiquement sanctionnée par les poursuites qui leur sont intentées au sortir de charge et que les plus intègres même doivent subir et repousser. En outre, est en particulier rapportée à la cité, la responsabilité qui provient de l'enrichissement injuste qu'elle aura pu retirer des actes de ses organes. Cette responsabilité est mise en jeu par l'action : *De in rem verso*. Enfin la cité est engagée par le délit de son esclave et ne peut qu'user de l'abandon noxal pour s'en exonérer. En dehors de ces diverses hypothèses on a discuté la question de savoir si la cité pouvait encourir une responsabilité pénale ; on a tiré argument d'un texte d'Ulpien, qui permet l'exercice de l'action *quod metus causa*, contre toute personne individuelle ou collective (1), *qui metum intulit* ; ce qui est certain, c'est que tout au moins comme bénéficiaire de la violence le municipe a pu être appelé en responsabilité.

Tout ce système était complété par la surveillance des agents de Rome. Elle était d'ailleurs très discrète. « Au III^e siècle, le régime municipal romain, dit M. Roguin (*De la personnalité des municipes*, p. 8), était essentiellement libéral, l'autonomie dont jouissaient les cités était si grande qu'il se passa bien du temps avant qu'on songeât à les entourer de cette tutelle administrative qui protège aujourd'hui bien lourdement parfois les communes et les établissements publics. C'est à peine si on reconnaissait aux gouverneurs le droit d'exercer sur les actes civils intéressant les cités une haute et discrète sur-

(1) *Vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus.*

veillance, et on chercherait vainement dans la *lex Malc-tiana* et dans la *lex Genetiva* les traces d'un contrôle ou d'une sanction effective de la part de l'empereur ou de ses représentants. Ce serait cependant une erreur de croire qu'il ait existé là une lacune, cette absence de protection trouvait au moins un équivalent dans la responsabilité étroite qui pesait sur les magistrats du *municipe*. » Toutefois le contrôle de l'empereur ou du *præses provinciae* s'exerce en matière de dépenses pour travaux publics, fortifications ; il s'exerce encore pour apprécier la solvabilité du débiteur de la commune ou les clauses des transactions. Enfin, à Constantinople, la présence de l'empereur rend illusoire l'indépendance des magistrats municipaux (1).

Après le III^e siècle, on assiste à une régression complète. Dans le sein des *civitates* une organisation, la curie, absorbe lentement à son profit la personnalité reconnue au *municipe*. La curie, tenue vis-à-vis du fisc impérial dont les exigences augmentent sans cesse, devient le rouage important de l'administration du groupe municipal ; ce sont ses obligations, moins que celles du *municipe*, que les textes multiplient et qui pèsent de plus en plus lourdes sur les curiales. Le mal est même si considérable, qu'un organe particulier, le *defensor civitatis*, est créé pour mettre ordre aux abus des fonctionnaires impériaux et à l'intolérable fiscalité de l'époque. Souvent c'est l'évêque qui est investi de cette fonction. Le christianisme pénètre lentement dans le monde antique et le transforme ; son clergé gagne de l'autorité et de l'in-

(1) Nous donnons ces renseignements, parce que la personnalité de la cité dépend, en grande partie, de l'autonomie plus ou moins grande dont elle peut jouir.

fluence, et comme la vie publique à cette époque est, en dépit de la centralisation impériale, une vie municipale, c'est au sein de la cité qu'il exerce la plus importante des fonctions publiques, celle de defensor, qui cadre d'ailleurs à merveille avec les prescriptions morales de la doctrine propagée par lui.

Ce que devint la commune, dans l'anarchie et le bouleversement qui suivit l'invasion des barbares, quelle conception les hommes de cette époque se firent de sa personnalité, il est difficile de le dire. Tout ce qu'on peut induire du désordre et des troubles de cette lamentable période, c'est que la notion de responsabilité dut s'obscurcir profondément. En outre, le régime féodal à ses débuts, multiplia dans les villes les suzerainetés laïques et ecclésiastiques, qui furent considérées comme propriétaires des cités, dont la personnalité sombra et disparut. Après une éclipse de plusieurs siècles, la vie communale réapparaît à l'abri des murs des bonnes villes. Les collèges d'artisans de la tradition germanique ou les consuls et les syndics de la tradition latine (1) affirmèrent à l'encontre de leur suzerain féodal leur personnalité patrimoniale, leur droit à l'égalité civile et leurs prétentions parfois reconnues à l'exercice de la puissance publique.

L'autorité royale, jalouse de ses prérogatives, restreignit à ce dernier point de vue la personnalité de droit public. Elle employa pour cela divers moyens ; tantôt, prenant prétexte de révoltes des communes ou de leur

(1) Le syndic dans les municipes soumis au droit romain, était l'agent qui représentait la municipe en justice ; de bonne heure, cette fonction fut retranchée des attributions des magistrats municipaux, et érigée en *munus personale*.

incapacité financière, elle remplaça par ses agents, les magistrats locaux ; autrefois, se fondant sur l'insuffisance des mesures de défense prises dans les villes frontalières, elle installa, à côté des organes de la bourgeoisie des villes, un gouverneur militaire, qui, disposant de la force publique et chef de la milice bourgeoise, attira peu à peu à lui la plupart des attributions municipales qui intéressaient l'ordre public ; il lui arriva encore d'ériger en offices soumis à la règle de la vénalité les charges municipales auxquelles étaient attachées des fonctions de police ou de justice. Par ces différents moyens, la royauté réussit à restreindre, au moins sur le terrain du droit public, la personnalité communale qui se développait sans cesse. Par ailleurs, et lors de sa lutte contre la féodalité, elle avait au contraire souvent aidé dans leurs revendications les communes qui cherchaient à s'affranchir de l'autorité féodale d'un vassal trop puissant du roi ; mais cette attitude n'était que provisoire, et peu à peu, lorsque par suite des variations de l'histoire, les communes même privilégiées du roi passèrent sous sa suzeraineté directe, elles furent exposées aux conséquences de ce travail lent et ininterrompu de centralisation par lequel fut étouffée chez elles toute vie publique (Isambert, *Ordonnances*).

Cependant, à côté de ces restrictions ou de ces suppressions d'ordre politique, on doit tenir compte du maintien de l'antique personnalité patrimoniale. L'ancienne jurisprudence faisait volontiers état, au point de vue civil, de la solidarité étroite qui reliait entre eux les membres de la commune. Maintes fois, les plus riches ou les plus notables d'une cité furent l'objet de mesures individuelles prises contre eux en leur qualité de bourgeois de telle ou telle ville, soit qu'il s'agît de créances

dues par le groupe, soit qu'il s'agit de répression pénale ou politique (1). Mais lorsque l'autorité royale est arrivée à l'apogée de sa force et à ses fins complètes de centralisation, cette notion même tend à s'effacer. La commune n'est plus aux yeux des juristes qu'un groupement d'intérêts privés. La commune est une simple association privée, les habitants possèdent les biens communaux à titre indivis, ils sont libres d'en opérer la répartition comme bon leur semble ou d'en réglementer la jouissance sous le contrôle de la puissance publique. L'histoire communale peut fournir un dernier exemple à l'étude du morcellement et de l'individualisation de la propriété collective, mais seul, le civiliste peut être intéressé par cette évolution dernière. Ceci est vrai, surtout des agglomérations rurales. Les attributions de l'assemblée des habitants (du village), dit Babeau (2), sont « exclusivement relatives à la gestion des biens » ; lorsque l'organe de la commune, syndic, consul, a besoin d'exercer les pouvoirs de police, il en réfère à l'intendant, duquel il est l'auxiliaire pour la police générale, à moins qu'il n'ait reçu pour ces matières, délégation de lui, auquel cas il agit sous sa surveillance et son contrôle. Quelques agglomérations sont sans doute organisées, contrairement à ce courant d'idées et jouissent bien de quelques pouvoirs, ultra-patrimoniaux, mais il ne faut voir là qu'une exception motivée par le souvenir de franchises historiques respectées par la royauté. Certaines de ces agglomérations tenaient ces franchises en vertu de traités passés lors de leur réunion à la couronne ou de pri-

(1) Vauthier. — Etudes sur les personnes morales.

(2) Babeau. — Le village sous l'ancien régime.

vilèges formellement reconnus, énergiquement défendus et partiellement conservés. En tout cas, c'était dans l'intérêt particulier de ces groupes, et non dans l'intérêt public du royaume que ces droits, qui faisaient échec à l'autorité royale, avaient été maintenus.

En résumé, dans le dernier quart du XVIII^e siècle, on n'était pas encore arrivé à dégager avec précision l'idée aujourd'hui banale que la commune est une personne morale de droit public, jouissant comme l'Etat de droits de puissance, identiques à ceux qu'exerce le pouvoir central. Seuls quelques esprits d'élite, Turgot, par exemple (1), avec son plan d'organisation politique de la France par municipalités, avaient entrevu cette notion ; elle était loin d'être courante, tout au plus concède-t-on à la commune certains droits de surveillance sur ses membres, mais ce sont des droits de police « domestique », assimilables, dit M. Michoud, aux droits de puissance privée qui existent dans la famille plus qu'aux droits de puissance publique. On la place (la commune) dans une situation intermédiaire entre l'Etat et la famille plus près de la seconde que du premier ». Il y a là l'exercice d'une sorte de pouvoir disciplinaire et rien de plus.

En 1789, l'Assemblée constituante se trouva donc en présence de l'organisation municipale suivante : Dans les campagnes on rencontrait des communautés d'habitants, qui s'assemblaient pour délibérer sur les questions intéressant les biens de la communauté ; dans les villes, des magistrats nommés par le pouvoir central ; enfin, dans quelques vieilles cités, des administrations

(1) *Addé*, peut-être, Dupont de Nemours, inspirateur de Turgot.

municipales privilégiées, investies de quelques attributions de police. Ces attributions ne provenaient pas d'une répartition systématique de la puissance publique entre l'Etat et la commune, mais de souvenirs historiques, franchises, privilèges, et nous avons insisté sur le caractère domestique, disciplinaire de ces droits. On a souvent remarqué avec quelle prudence l'Assemblée nationale avait innové dans les matières du genre de celle qui nous occupe. Sur ces questions de personnalité, de décentralisation, l'assemblée eut l'intuition qu'il ne fallait pas compromettre cette œuvre de lente formation de la France à laquelle la royauté s'était patiemment attelée, elle voulut ne rien compromettre, ne rien mettre en cause (1). En particulier, elle se garda de donner aux agglomérations municipales une partie de la puissance publique. Le rapport de Thouret (2) est très net sur ce point : « Le régime municipal est exclusivement borné au soin des affaires particulières et pour ainsi dire privées de chaque ressort, ressort municipalisé ». Et cette déclaration est d'autant plus importante que la commune, dans les projets des constituants est une agglomération autrement importante que la plupart de celles qui existaient de nos jours. Il n'y en avait en effet que 720, alors qu'aujourd'hui on en compte 36.000. « Les ressorts municipalisés » dont parle Thouret et qui comprenaient plusieurs cantons (3) de 16 kilomètres carrés chacun, sont fermement écartés « du système de la représenta-

(1) *Adde* encore la raison profonde donnée par Jellinek. Voir plus loin, p. 267.

(2) Archives parlementaires, p. p. 208, t. ix. *Adde*, p. 726. pour Target, p. 747.

(3) En moyenne neuf par communes.

tion nationale ou de celui de l'administration générale: » Dans un autre discours, l'orateur déclare que « la municipalité est par rapport à l'Etat ce que la famille est par rapport à la municipalité dont elle fait partie. Chacune a des intérêts, des droits et des moyens qui lui sont particuliers, chacune entretient, soigne et embellit son intérieur et pourvoit à tous ses besoins en y employant ses revenus sans que la puissance publique puisse venir croiser cette autorité domestique, tant que celle-ci ne fait rien qui intéresse l'ordre général. » Personnalité patrimoniale, négation de toute personnalité publique, surveillance et contrôle de l'autorité centrale, telles sont évidemment les idées maîtresses de ce développement, et ces idées sont celles de l'époque, celles aussi de l'assemblée. Target (voir la note 2 à la page précédente), n'est pas moins précis. « Ce qui est du ressort des municipalités, c'est tout ce qui appartient aux sociétés particulières des villes, des bourgs et des villages », et quelques lignes plus haut il fait allusion lui aussi au caractère quasi familial des droits de la commune. Le père, l'épouse, règnent dans la famille à condition d'y respecter les lois : ainsi règne dans son domaine d'administration domestique l'autorité communale. Taine, l'esprit encore tout préoccupé de ses recherches historiques, répète comme un écho docile les citations ci-dessus. « La commune est un syndicat privé comparable à l'association forcée qui existe entre propriétaires des divers étages d'une maison. Son succès ou son insuccès n'intéresse pas la nation, sinon indirectement et par un contre-coup lointain analogue à cette faible atteinte par laquelle la santé ou la maladie d'un Français profite ou nuit à l'ensemble de tous les Français. A leur endroit, à l'endroit de toutes personnes collectives, l'Etat est ce qu'il est à

l'endroit d'un particulier ordinaire, ni plus ni moins. » (1) Ainsi traitant du « régime moderne », Taine n'a pas entrevu que, depuis l'Assemblée constituante, quelque chose avait changé dans la situation des communes; les « Origines de la France contemporaine » ont ici influé sur la documentation du « Régime moderne ». L'historien en est resté à ces textes constitutionnels de 1791, qui ne considèrent les communes que « sous le rapport des relations locales qui naissent de leur réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes » et qui écartent cette agglomération de l'exercice « des pouvoirs publics » (Const. de 1791, titre II) ou de l'« administration intérieure » à laquelle participent cependant le département et le district (titre II, section 2, chapitre IV).

Cette conception à laquelle se sont encore rattachés aujourd'hui quelques esprits éminents (2), les a évidemment séduits par les conséquences libérales qu'on a pu en tirer, et, en effet, si les droits de la commune sont mis

(1) Taine. — Régime moderne. T. I., p. 359-363 seq.

(1 bis) M. Duguit. — Nous devons repousser la conception d'après laquelle les circonscriptions administratives décentralisées d'un Etat unitaire seraient titulaires de droits de puissance publique. Qu'elles soient des personnes patrimoniales, qu'elles aient des droits patrimoniaux... cela ne touche point à l'Unité de la souveraineté, mais reconnaître les communes comme titulaires, même par une concession du souverain de droits de puissance publique, c'est, quoi qu'on fasse, démembrer la souveraineté. — Duguit. *Op. cit.*, p. 700.

(2) M. Duguit. — On a déjà cité les textes essentiels empruntés à la Constitution de 1791, à laquelle il faut toujours se référer si l'on veut comprendre le droit public de la France moderne, p. 703. *Op. cit.*

sur la même ligne que les droits individuels ou les droits de famille, l'Etat n'est plus le maître de les supprimer ou de les restreindre. La commune gagne en indépendance ce qu'elle perd en pouvoir. Elle ne risquera pas de voir l'Etat dirigé par des besoins d'administration publique, créer en face d'elle une commune, en faire disparaître une seconde, en réunir plusieurs en une seule, démembler l'une au profit de l'autre. En un mot, son caractère de *personne réelle* se trouvera plus nettement affirmée, cela ressort à merveille des derniers mots de la citation de Taine que nous reproduisons ci-dessus : « A » leur endroit, à l'endroit de toutes personnes collecti- » ves, l'Etat est ce qu'il est à l'endroit d'un particulier » ordinaire ni plus ni moins. La commune est comme la » famille (dira Royer-Collard) avant l'Etat. La loi *la* » *trouve* et ne la *crée pas*. » Ne croirait-on pas par avance entendre Gierke : « La personne morale n'est pas une » fiction de la loi, c'est un être collectif réel, doué comme » la personne humaine de la faculté de vouloir et d'agir. » La loi ne la crée pas, elle se borne à en reconnaître et » à en légaliser l'existence. » Jellinek (1) a comme tous les Allemands qui se sont préoccupés du problème de la personnalité, nettement indiqué les rapports des théories de la Constituante avec le droit des groupements ; l'idée d'un cercle d'action propre « de la commune, dit-il, ap- » partient aux constituants de 1789. Quand on y regarde » de près, on voit que cette idée rentre dans tout le cercle » d'idées au sein duquel la Révolution a pris naissance. » La Révolution avait essayé de réaliser la doctrine du » droit naturel. Le but de la déclaration des droits était

(1) *Système des droits publics subjectifs*. 1892, p. 213.

» de tirer une ligne de démarcation entre l'Etat et l'individu pour garantir à ce dernier un système de droits propres, intangibles. Le concept du cercle d'action propre à la commune n'est pas autre chose que l'application de cette conception de droit naturel aux groupements communaux. Nous voyons clairement la théorie d'un quatrième pouvoir de l'Etat, mais qui n'est pas à l'Etat : le pouvoir municipal (1). »

On voit que la théorie de la Constituante se rapproche indirectement des doctrines de la personnalité réelle que nous avons soutenues, et pourtant nous ne saurions l'admettre. Acquérir la sécurité de l'existence par le sacrifice de droits publics est, pour la commune, un évident marché de dupes. La personnalité morale étant établie dans notre droit sur le principe de la fictivité, on aurait eu beaucoup de peine à faire accepter par le légis-

(1) Sur cette notion du quatrième pouvoir, voir Henrion de Pansey, *Traité du pouvoir municipal*, 1822 ; 2^e édit., 1844 : « Au dessous des pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire, il en est un quatrième qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille, c'est le pouvoir municipal », p. 189. Les maires exercent donc, indépendamment de leurs fonctions judiciaires et administratives, des fonctions municipales. En conséquence, les maires peuvent *librement* être poursuivis par les particuliers qu'ils ont lésés dans l'exercice de leurs fonctions municipales.

N. B. — Le mot « librement » s'explique par l'existence, en 1822 et en 1844 de la « garantie administrative », ou nécessité d'obtenir une autorisation du Conseil d'Etat pour poursuivre un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions administratives. *A contrario*, cette autorisation est inutile et la liberté du plaideur complète, lorsqu'il s'agit de simples fonctions municipales.

lateur, le gouvernement et l'autorité judiciaire cette idée que l'Etat est à l'endroit des collectivités municipales, ce qu'il est à l'endroit des individus, rien de plus, rien de moins. La commune perdrait dans ce système les droits publics dont l'exercice est pourtant indispensable (1) au sein de tout groupement, elle n'y gagnerait qu'une sécurité relative. Mirabeau, sans analyser la question d'une façon bien complète, avait eu cependant son instinct politique choqué par les théories de Thouret et de Target : « Cette distinction (entre les pouvoirs municipaux » et les pouvoirs nationaux), disait-il, n'est-elle pas une » vaine subtilité. Ne faut-il pas les mêmes éléments à tout » l'empire, et le royaume est-il autre chose qu'une gran- » de municipalité ? Toute municipalité ne doit être désor- » mais que l'Assemblée représentative plus ou moins » nombreuse, des habitants d'une communauté (on dési- » gnait fréquemment sous ce nom, en 1789, les associa- » tions municipales des villages), comme une assemblée » de département sera l'assemblée représentative d'un » district, et le corps législatif l'assemblée représenta- » tive du royaume. Accoutumons les citoyens à choisir » librement les organes de leur volonté et à n'obéir, en » tout ce qui tient à l'Administration publique, qu'aux re- » présentant de la volonté générale ; lions, par ce prin- » cipe, toutes les parties de cet empire et affermissons » ainsi les fondements de la félicité nationale. » (Archives parlementaires, t. IX, p. 733.)

L'expérience de la Constituante fut brève et décisive. On ne pouvait plus, après l'explosion des idées révolu-

(1) Voir en ce sens les déclarations de Vivien, rapporteur de la loi de 1887 (*Infra*).•

tionnaires, vivre sur les errements du passé. Dès l'an III, on sentait le besoin de faire participer la commune à la vie publique, à l'administration de la France. Les corps municipaux sont organisés, dotés d'attributions, traités comme les corps administratifs et soumis à des règles analogues. Le terrain était préparé pour la loi de pluviôse an VIII. Cette loi, sous la rubrique « Administration », organise le département, l'arrondissement et les municipalités ; mais comme toutes les mesures centralisatrices, si elle donne une personnalité de droit public à la commune, c'est par le dehors ; la commune existe bien en tant que personne morale de droit public et de droit privé, elle est bien douée d'un organe pour projeter sa volonté et la faire exécuter, mais la solidarité entre l'organe et le groupe n'est pas réalisée par un fait interne d'élection ou de prise de pouvoir, elle est réalisée par un fait externe de nomination. Il est vrai que la plupart du temps le maire est choisi parmi les notables de la commune, ce qui établit un lien assez faible, mais sensible entre le groupe et son chef. Mais il est vrai surtout de dire qu'une fois l'organe créé et la personnalité de droit public reconnue, un grand pas est fait, parce que par la nature des choses et les progrès de la liberté, la commune arrivera peu à peu à avoir le droit de choisir électivement son organe et alors la personnalité morale se trouvera complète au triple point de vue du droit privé, du droit public et de la solidarité interne de l'organe et du groupe.

Dans cette nouvelle conception l'Etat sera maître, il est vrai, de la personnalité communale, mais nous savons que malheureusement notre droit ignore la personnalité réelle. Il pourra ordonner d'office des enquêtes pour créer, éteindre ou modifier les circonscriptions existantes

(article 3 et 6 de la loi de 1884) qui bien qu'intéressées ne pourront que donner des avis protestataires ; mais il sera souvent difficile à l'Etat de supprimer ou de démembrer une agglomération formée par la nature même des choses. Si l'Etat, ce faisant, viole un droit que les textes ne reconnaissent pas, ne sera-t-il pas arrêté dans son action par le caractère dangereux et impolitique de son acte. Voit-on l'Etat supprimant tel chef-lieu de département ou décidant que telle ville sera dénommée « ville sans nom » ; il y a heureusement dans la pratique même des limites aux fantaisies les plus grandes et à l'arbitraire le plus pur des gouvernants, et ce n'est pas un des moindres mérites de M. Duguit, avec lequel nous avons été si souvent en désaccord que d'avoir mis en vive lumière les tendances à coïncider du droit social et du droit des textes que les gouvernants élaborent et décrètent.

Le système inauguré en l'an VIII n'a désormais plus été modifié ; la loi du 21 mars 1831 lui a apporté un premier perfectionnement : l'administration communale est élective. Dès lors la personne morale peut librement vouloir et agir. Six ans plus tard, le législateur étend encore le cercle de ces facultés (loi du 18 juillet 1837 sur l'extension des attributions du conseil municipal). Aux travaux préparatoires, Vivien (1), rapporteur, mit en lumière la nécessité qu'il y avait d'accorder des droits de puissance publique à la commune. « La réunion des citoyens, dit-il, n'a pas eu seulement pour objet, lorsqu'elle s'est formée, l'administration du patrimoine commun, le besoin de leur conservation leur commandait de prendre les mesures les plus propres à écarter de l'habitation com-

(1) Dalloz. — Répertoire. Communes, p. 255.

immune tout ce qui pourrait la rendre peu sûre, incommode et malsaine. Le droit de police locale n'est pas une concession de la puissance publique, il a sa source dans cette règle de droit naturel qui autorise tous les individus et, par conséquent, les corporations d'habitants, qui, relativement à la grande famille nationale, ne sont elles-mêmes que des individus, à veiller à leur conservation. » Enfin, lorsque les progrès des communications et le développement des idées de décentralisation eurent préparé l'avènement d'une large autonomie communale, l'Empire intervint et, par ses lois de 1855 et de 1867, achève de constituer la personnalité communale. Le mouvement n'est pas encore terminé. Lors de la grande revision de 1884, un dernier écho, mais combien affaibli des théories de la Constituante, vibre dans les discours du rapporteur de Marcère (1). Il rappelle que la commune n'est pas une création de la loi, mais qu'elle est née de la nature des choses. Il résulte de cette formation toute physique que le législateur aurait politiquement grand tort de supprimer ces agglomérations ou d'entraver leur développement, mais il n'en résulte pas qu'une véritable obligation juridique incombe à l'Etat de respecter, à l'égal des droits privés, « le droit à la vie » (2) des communes.

Les derniers progrès de la personnalité communale seront réalisés sous le prétexte de décentralisation. Il faut bien se rendre compte que, dans un Etat unitaire comme la France, la personnalité de la commune, totale au

(1) Documents parlementaires, 1882, p. 340.

(2) D'ailleurs la Constituante en dépit des conclusions de son rapporteur, et de la faveur avec laquelle elle l'écoutait, supprimait les municipalités existantes, et les remplaçait par des circonscriptions artificielles.

point de vue du droit patrimonial (1), doit subir certaines restrictions au point de vue du droit public. On ne peut rompre l'unité française en prétendant organiser la souveraineté de 36.000 communes. Sinon, autant vaudrait retourner tout de suite au régime féodal et abandonner les conquêtes de six siècles de royauté à ce point de vue. La personnalité de la commune, au point de vue du droit public, sera toujours bornée par quelque institution de surveillance, de contrôle ou de tutelle. L'étendue du champ ainsi circonscrit et ouvert à l'activité municipale sera toujours l'objet de délimitations passionnées. Mais, pour être impartial, il faut bien dire que les lois successives sur la matière ont apporté à la décentralisation et à l'extension de la personnalité communale des appuis tels qu'il serait peut-être déraisonnable d'en souhaiter d'autres. La commission de décentralisation instituée en 1895 a été de cet avis ; à son sens, quelques mesures seulement peuvent être prises sans imprudence : autoriser la commune à s'imposer extraordinairement de quelques centimes, sans autorisation spéciale ; enlever à la Chambre la connaissance de multiples projets de loi d'intérêt local ; permettre à la commune de passer des baux dont la durée serait double de celle aujourd'hui prescrite (18 ans) ; leur laisser toute

(1) L'Etat intervient cependant lorsque la propriété communale sert à payer les dépenses de services publics communaux. Lorsque l'Etat scinde une commune en deux, il attribue à la nouvelle une partie des biens qui dans l'ancienne servaient à alimenter les services publics, au contraire, il ne touche pas aux biens collectifs qui n'ont pas reçu cette destination.

liberté pour la création et le tracé de leurs promenades et jardins ; supprimer l'autorisation de plaider.

Ce sont là les derniers traits par lesquels sera développée et fixée presque définitivement la physionomie de la personne morale municipale. En ce qui concerne l'autorisation de plaider, une loi du 8 janvier 1905 est venue déjà combler une des lacunes signalées. Comme le municipe latin, la commune moderne pourra agir en justice, sans qu'aucune approbation ait à être demandée. Nous ne savons pas sous quelle forme se présenteront les groupements municipaux du droit futur, mais il nous semble bien qu'en l'état des mœurs, des sentiments et des idées, la limite est atteinte. A vouloir aller plus loin, on risquerait de heurter l'évolution traditionnelle de la France. Dans beaucoup de petites communes, hors des voies ferrées et des courants de circulation, il existe un parti pris d'isolement dont on aura bien de la peine à venir à bout. Dans les grandes villes, riches, puissantes, remuantes, peuplées d'ouvriers, d'éléments persuadés que la répartition de la richesse est à l'heure actuelle mal faite, on souffre avec impatience le contrôle du pouvoir central, qui souvent arrête l'éclosion de projets de réformes entreprises par la municipalité même. Aux unes et aux autres de ces unités morales, à celles qui sont trop en arrière sur leur siècle, à celles qui sont peut-être trop en avant, il n'est expédient ni politique de fournir les moyens de rompre dans sa beauté et sa nécessité l'unité de la nation française.

CHAPITRE PREMIER

APPLICATION A LA COMMUNE DES RÈGLES QUI RÉGISSENT LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Responsabilité de la commune

II. — Nous avons par cette rapide étude de la personnalité communale, justifié la première de nos assertions : la personnalité communale existe d'une façon pleine et entière. Nous avons fait, au point de vue de ses droits publics, une restriction qui est dans la nature même des choses. Quant à la deuxième assertion que l'équité oblige aussi impérieusement que toute autre collectivité, il n'est guère utile d'y insister. Nous avons établi dans notre première partie que les personnes morales sont capables d'agir, que leur volonté peut s'orienter dans le sens du préjudice comme dans celui de la bienfaisance, qu'elles sont douées du droit de propriété, ce qui permet de les condamner à réparation. Reste l'objection habituelle : pourquoi imposer à la commune une autre responsabilité que celle des articles 1382 et suivants et vouloir la mettre sur le même pied que l'Etat ? La jurisprudence, faisant d'ailleurs état du caractère simplement patrimonial qu'a revêtu longtemps l'association communale, n'a pas manqué de reconnaître cette objection comme très fondée et d'y déférer. Nous avons combattu déjà à propos de l'Etat et du département cette opinion ; nous n'y reviendrons pas. Si les actes de l'Etat ont été soustraits d'une

manière plus ou moins large aux règles des articles 1382 et suivants du Code civil, c'est qu'on juge que ces articles ont été écrits pour régir les relations entre personnes privées et qu'ils sont inapplicables aux relations des particuliers avec la puissance publique. Il faut donc y soustraire la commune comme l'Etat, si l'on estime qu'elle agit véritablement à titre de puissance publique. Si l'on soutenait, comme on l'a fait longtemps, que les règles spéciales applicables à l'Etat s'expliquent par des considérations particulières à la personne morale Etat, il serait évident qu'il n'y aurait pas lieu d'en faire application à la commune ; mais cette thèse, qui a d'ailleurs été soutenue (1), est aujourd'hui universellement abandonnée, et le Conseil d'Etat ne cherche plus à en faire usage. Il faut donc revenir, pour expliquer la situation spéciale faite à l'Etat, à l'inégalité qui existe entre lui et les citoyens, non seulement à raison de son riche patrimoine, de ses multiples agents, mais encore et surtout à raison des droits *sui generis* qu'il exerce et que les particuliers ne peuvent mettre en acte qu'à condition d'en avoir reçu délégation de lui. Or, nous venons d'admettre que la commune possède des droits de puissance publique. Sans doute, elle ne les détient pas dans une mesure aussi large que celle qui a servi à la dotation de l'Etat, mais il y a lieu de tenir compte de la portion très appréciable qu'elle a reçue. Il ne faut donc pas lui appliquer le droit privé : il ne faut pas donner à l'auto-

(1) Seule l'autorité administrative peut faire déclarer l'Etat débiteur. Il lui appartient de rechercher à raison de quels actes cette déclaration interviendra et d'écarter dans ses solutions l'application du droit civil. Nous avons combattu cette opinion en temps et lieu utiles.

rité judiciaire tout le contentieux de la responsabilité communale : il faut laisser à l'autorité administrative le soin de formuler la règle, qui, en l'absence de textes applicables, devra solutionner les conflits. Or, l'autorité administrative a dégagé des textes de notre droit, par voie d'analyse, un principe d'équité, d'après lequel, en l'absence d'une faute de la victime et en dehors des cas fortuits, on doit ordonner réparation du préjudice. Telle est donc, en définitive, la conclusion à laquelle nous devons aboutir. La commune est responsable comme peut l'être l'Etat. Cette opinion ne nous est pas personnelle, et si quelques anciens auteurs tiennent pour l'application à la commune des articles 1382 et suivants, les plus récents, Laferrière, Michoud (*De la juridiction administrative*, t. I, p. 286, 2^e édition), Lakanal (*Revue générale d'Administration*, 1884, t. I p. 50), Simmonet (n^o 1027) protestent contre l'illogisme de la jurisprudence. « La municipalité, dit M. Brémond (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIX, p. 612), fait partie de ces administrateurs dont les actes sont protégés contre l'immixtion des tribunaux judiciaires par le principe de la séparation des pouvoirs; ce principe est unique, il est le même vis-à-vis du pouvoir central que vis-à-vis du pouvoir municipal. » — « La jurisprudence du Tribunal des conflits, dit de son côté M. Laferrière, repose uniquement sur cette considération que les rapports des administrations publiques avec les fonctionnaires qui les représentent ne sont pas des rapports de commettants à préposés régis par l'article 1384 du Code civil, mais des rapports d'ordre administratif. Cette considération s'applique également aux rapports des administrations locales avec la plupart de leurs représentants ou agents. » Ceux-ci, qui ne sont donc ni cocontractants, ni préposés, ne peuvent, à l'égard des tiers et en l'absence de ces quali-

tés, entraîner par la répercussion de leurs fautes la responsabilité de l'article 1384. M. Lakanal dit encore : « La commune n'est-elle pas comme l'Etat le mandataire de tous pour gérer les services publics dans sa sphère et choisir ses préposés. Et elle a ce mandat légal même à l'encontre des étrangers qui doivent reconnaître ses pouvoirs dans la gestion des divers services publics, aussi bien qu'à l'égard des arrêtés de police municipale, car il n'y a pas de raison pour établir de distinction. » (1)

III. — La jurisprudence est en retard sur la doctrine. Dans la plupart des litiges, où les communes étaient défenderesses à une action en responsabilité, l'autorité judiciaire était compétente et appliquait le Droit civil. Cette solution correcte tant qu'il ne s'agissait que d'actes de gestion, cesse évidemment de l'être lorsqu'un acte d'autorité est en jeu, mais, si l'on avait appliqué exactement les principes on eût été obligé de renvoyer les parties devant le Conseil d'Etat et celui-ci, fidèle à son prétendu principe de l'irresponsabilité de la puissance publique, aurait déclaré l'action irrecevable, au grand dam de l'équité. Les tribunaux judiciaires devant lesquels on ne manquait pas de plaider la thèse historique de la personnalité simplement patrimoniale de la commune, se laissaient aller à ce courant d'idées et se déclaraient compétents. Et puis, il est des actes dont le contentieux ne

(1) Dans cette citation, nous ne retenons que la partie qui affirme le caractère commun des actes que font l'Etat et la commune. Quant au « mandat public » et à la préposition dont parle l'auteur, nous en avons écarté les principes très discutables par l'application de la théorie organique. M. Lakanal écrivant en 1884 était forcé alors de s'exprimer suivant les idées traditionnelles.

se rattache nettement ni aux droits de la puissance publique, ni aux simples actes de gestion, ce sont les actes de gestion destinés à procurer l'exécution des services publics; l'autorité judiciaire avait dans ce cas le nominalisme pour elle. Si quelque réaliste soutenait que l'un de ces actes mixtes se rattachait très directement à l'exercice de l'autorité publique, le Tribunal taxait la thèse de sophisme ; pour lui, c'était, dans le fond comme dans les termes, un acte de gestion, le droit privé était applicable, la compétence était judiciaire. De son côté, le Tribunal des conflits, qui avait soutenu le Conseil d'Etat dans sa lutte contre l'autorité judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat, par une sorte de cote mal taillée, soutenait au contraire les tribunaux judiciaires contre les juges administratifs en matière de responsabilité communale. Le souci inavoué de défendre la souveraineté contre les particuliers n'avait en effet plus de raison d'être dans ce dernier cas (Conflits, 7 mars 1874, D. 74-3-54) (1).

La doctrine que nous indiquons l'emporte peu à peu, et point par point on rejette l'application du droit privé aux communes. Cependant, les tribunaux judiciaires sont timides quand il s'agit d'affirmer leur compétence au détriment de l'autorité administrative. Cette timidité a été pour les principes que nous défendons une énergique sauvegarde. Le Tribunal de Douai, la Cour d'Angers (2)

(1) Et encore cet arrêt qui affirme la compétence judiciaire dans une action civile poursuivie parallèlement à la répression d'une infraction, est-il peut-être fondé sur la préoccupation très légitime de ne pas scinder la poursuite devant deux juridictions différentes et laisser au juge de l'infraction la connaissance de l'action.

(2) Respectivement *Gaz. Palais*, 85-1-250. *Dalloz*, 80-2-302.

n'ont pas voulu connaître de la faute d'omission commise par la puissance publique municipale (insuffisance des mesures de police prises par le maire) ; d'autres juridictions ont écarté la responsabilité de la commune à raison de mesures vexatoires ou illégales prises par le maire dans l'exercice de son pouvoir de police (1). Après quelques flottements, la même doctrine a fini par triompher en matière de révocation d'employés communaux. Le Tribunal des conflits (2) avait d'abord décidé qu'il s'agissait en l'espèce de louage de services et d'application du droit privé, puis il changea d'avis (3) et, à raison du caractère administratif des rapports du maire et des employés, attribua au Conseil d'Etat la connaissance de ces litiges. Celui-ci décida qu'il fallait appliquer à la commune comme à l'Etat la règle de l'irresponsabilité de la puissance publique. Enfin, en ces derniers temps, revenant pour l'Etat à une doctrine plus saine et tenant compte pour l'attribution de dommages-intérêts aux employés de l'Etat révoqués, de la violation par le supérieur des règlements particuliers de la fonction ou d'un détournement de pouvoir, il a admis que les litiges élevés par les employés communaux révoqués pourraient être l'objet de décisions également protectrices (4). Enfin et d'autre part, le Conseil d'Etat ne repousse pas pour incompetence la connaissance des litiges en responsabilité élevés à l'occasion d'un acte de police du maire, mais il lui est

(1) *Gaz. Palais*, 84-1 939.

(2) *D.* 79-3-67.

(3) Six mois plus tard. L'arrêt rapporté à la note précédente est du 14 juin 1879, et celui qui témoigne du revirement du revirement du tribunal du 27 décembre 1879.

(4) *D.* 1902 3-10, 1905-3 29.

arrivé fréquemment, lorsque régnait la doctrine de l'irresponsabilité de l'autorité dans l'exercice de la puissance publique, de repousser ces litiges par une fin de non-recevoir (S. 94-3-114).

Nous avons vu à propos de l'Etat que le souci de l'équité avait conduit la jurisprudence à mettre à la charge de ce dernier une responsabilité qui ne se justifiait par aucune notion de faute, mais par une sorte de théorie de « risque social ». Le fonctionnement des services de l'Etat entraîne des dommages très graves pour certains citoyens. L'Etat qui apporte ainsi à la propriété ou aux libertés du citoyen de très graves préjudices, alors même qu'il reste dans l'exercice de ses droits, qu'il n'a commis aucune faute, peut être déclaré responsable. Nous avons émis l'opinion que cette théorie avait été introduite comme correctif de la règle de l'irresponsabilité de l'Etat puissance publique. Devons-nous l'appliquer aussi aux communes ? Nous ne le pensons pas ; car, selon nous, seules les grandes communes pourraient à la rigueur être ainsi traitées, et encore pour deux d'entre elles, une organisation municipale particulière, dont la caractéristique la plus nette est qu'elle réserve au pouvoir central l'exercice des droits de puissance municipale, pourraient-elles se plaindre d'une telle extension. Elles se verraient mettre à leur charge la responsabilité d'actes qui, pour la plupart étant d'autorité, ne sont pas accomplis par l'organe propre du groupe, mais par un organe différent. Leur protestation serait dans ce cas, nous semble-t-il, une de celles que l'on écoute. Pour les petites communes, aucune raison de leur imposer cette responsabilité spéciale. Elles ont peu d'agents et peu d'argent. Elles ne compromettent rien ni personne. Au surplus, si cette théorie spéciale est, comme nous le croyons,

un correctif à la règle trop absolue de l'irresponsabilité de l'administration dans l'exercice de son autorité, elle n'a que faire dans un domaine où cette prétendue règle est de moins en moins appliquée. Pas plus que les départements, la commune ne doit pas être responsable pour dommages extraordinaires.

Par contre, la loi, en général très brève quand il s'agit de l'Etat ou du département, nous offre une plus grande quantité de textes qui obligent la commune à réparation ; une étude rapide de ces divers textes sera donc faite dans une troisième section.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ DE LA COMMUNE POUR FAUTE

Comme toute collectivité, la commune veut et agit par le ministère de ses organes. Or, il faut pour les divers organes envisagés faire une séparation entre les actes qu'ils accomplissent avant que de rien décider sur la question de responsabilité ; il n'y a pas lieu, en effet, de déclarer responsable la commune dont un conseiller municipal a traversé à tort le champ d'un de ses administrés. Parmi ces actes, on met de côté tous ceux qui sont personnels à l'homme, et d'un autre côté tous ceux qui rentrent dans le cercle des fonctions de l'organe. Ce ne sont que ces derniers qui peuvent éventuellement engager la responsabilité municipale. Mais dans ces limites mêmes, trois difficultés se posent :

1° Les organes délibérants de la commune peuvent-ils commettre des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des communes ?

2° Distinction entre les préposés communaux et les agents véritables.

3° Quels sont les actes du maire qui devront être rapportés à la personne morale Etat ; quels sont ceux qui doivent rester propres au département ?

I. — Sur la première question, nous renvoyons purement et simplement à l'étude que nous avons faite de la responsabilité départementale, à raison des actes de ses

organes délibérants. Ce qui est vrai des conseillers généraux l'est aussi des conseillers municipaux, d'autant que, lors de la rédaction de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, les travaux préparatoires ne distinguaient pas entre eux. Ajoutons toutefois que si l'on trouve trop rigoureuses nos déductions aux termes desquelles un particulier peut conclure à la responsabilité communale à raison des fautes légères et préjudiciables commises par un conseiller dans l'exercice de sa fonction délibérative, une considération vient tempérer la rigueur de cette décision. Cette responsabilité, en effet, risque d'être encourue lorsque, pour remplir un devoir de sa fonction, un conseiller est obligé d'apprécier sans bienveillance les actes d'un tiers (un fonctionnaire, pour donner un exemple pratique). Or, ici, la faute, lourde ou légère, est sur les limites précises du devoir à accomplir ; le conseiller risque donc fort de la commettre. Heureusement, il a une ressource qui ménage à la fois ses intérêts et le loyal exercice de sa fonction. Il n'a qu'à demander une séance privée ; là en dehors de la publicité (1), qui est un des éléments essentiels de la responsabilité qui peut échoir soit à lui, soit à la commune, il dira ce qu'il convient de dire. En définitive, sans nous arrêter à l'objection soulevée, nous maintenons nos conclusions.

II. — La personne morale publique a besoin d'orga-

(1) A ce point de vue, citons un arrêt du 18 janvier 1889, de la Cour de Toulouse, estimant qu'un avocat a le droit, au sein d'une réunion en comité secret du conseil municipal, dont il fait partie, d'apprécier sévèrement la conduite d'un magistrat ; et annulant en conséquence une décision disciplinaire au conseil de l'Ordre.

nes pour vivre et agir ; mais les individus qui la constituent sont de plus en plus exigeants sur les services qu'ils attendent d'elle, et elle augmente chaque jour le nombre de ceux qu'elle prépose à ces services divers. Ces préposés ne sont pas indispensables à sa vie juridique. La personne morale à ses débuts s'est souvent passée d'eux ; celle qui est pauvre n'en a que le minimum nécessaire. De là une distinction entre organe et préposé applicable à toutes les personnes morales, et qui nulle part n'est aussi indispensable que quand il s'agit de la commune.

« Dans une doctrine bien souvent soutenue, dit à ce sujet M. Michoud, le maire doit être considéré comme le préposé de la commune ; celle-ci n'étant pas capable de faute personnelle ne peut être responsable que comme commettant ; mais à quelles impossibilités ne se heurte-t-on pas dans cette théorie ? D'abord le maire n'a pas toujours été nommé par les représentants de la commune. Quand il était désigné par le pouvoir central, il n'y avait entre lui et la commune aucun rapport ressemblant à celui qui unit le commettant au préposé. Aujourd'hui, il est bien nommé par le conseil municipal, qui lui-même est élu. Mais cela ne suffit pas pour qu'on le considère comme préposé de la commune, car les électeurs ne sont pas la commune ; et quand on admettrait qu'on s'identifie avec eux, il n'en resterait pas moins que le maire n'est pas un préposé parce que les électeurs le nomment pour un temps déterminé et ne conservent sur lui aucun pouvoir efficace de direction. » Et M. Michoud passe encore en revue les hypothèses exceptionnelles où l'autorité principale de la commune est instituée par « le dehors » (Délégation de l'article 44 de la loi de 1884 ; actes du préfet accomplis en vertu des articles 85, 93, 98, 99 de la même loi). Lorsque ces autorités agissent aux

lieu et place des agents municipaux, leurs actes devront-ils être au point de vue de la responsabilité étrangers à la commune. Et pour les actes soumis à l'approbation préfectorale (délibérations du conseil, nominations du maire), décidera-t-on que la commune est au point de vue de la responsabilité indemne, parce que ses actes ne sont pas l'œuvre exclusive de son préposé ?

Dans la théorie organique, ces difficultés n'existent pas. Sont organes du groupe municipal tous ceux qui ont qualité et compétence pour décider au nom du groupe. Peu importe le procédé de désignation : élection, choix de l'autorité supérieure, procédés cooptatifs, etc. Sans doute est le meilleur, aux yeux du juriste, le procédé électif qui assure la plus grande « solidarité représentative » entre le chef et le groupe, mais cette exigence n'est que secondaire. Si l'organe exerce sa fonction par suite de la volonté ou de la soumission collectives, il exprime la volonté du groupe, et celui-ci est responsable de ses actes d'une manière directe, et non par voie de répercussion, car les actes de l'organe sont les actes de la personne morale elle-même. Dès lors, les difficultés que prévoyait M. Michoud n'existent plus. Sont organes, dans le temps où ils accomplissent des fonctions communales, et le maire nommé par le chef de l'Etat et la délégation municipale. « Pour la plupart des actes importants de la vie municipale, l'organe légal de la commune est complexe : il comprend tout à la fois le maire ou le conseiller municipal (1) et une autorité supérieure chargée de la tutelle administrative. »

La commune ainsi organisée peut comme toute per-

(1) Michoud. — *Op. cit.*

sonne avoir à son service des préposés, dont elle sera responsable, d'après le droit civil, s'ils ont été chargés d'exécuter un acte de gestion et un acte d'autorité. Le préposé ne prend pas de décision au nom de la commune, il exécute les ordres qu'on lui donne. Cependant, dans l'organisation de son service particulier et dans les limites où il n'est pas obligé par les règlements ou les ordres émanés des organes, il peut commander, agir et décider. C'est ainsi que le médecin d'un dispensaire municipal peut supprimer la visite traditionnelle des parents le dimanche, s'il s'est aperçu que, le lundi, l'état des malades s'est en général aggravé, soit par suite de l'excitation déterminée par la visite, soit par suite de l'absorption de friandises apportées en cachette. Au reste, la tendance nous semble-t-il, est plutôt dans le sens de la réglementation étroite des services publics, même municipaux, que dans celui de leur autonomie et de leur liberté, et cela cadre bien, semble-t-il, avec les principes de la théorie organique.

La distinction entre l'organe et le préposé n'est pas une distinction inutile. En premier lieu, elle conduit à l'irresponsabilité complète de l'organe, sauf faute lourde dégénérant en fait personnel, et à la responsabilité corrélatrice du groupe municipal. Au contraire, le fondement de la responsabilité communale pour les actes du préposé est la *culpa in eligendo*. La responsabilité pourra donc être déclinée si la commune soutient n'avoir pu exercer avec une liberté suffisante son choix et son droit de surveillance.

Le maire nous paraît être, avec le conseil municipal, l'organe de la commune; tous les autres agents municipaux sont des préposés.

III. — Nous retrouvons à propos de la commune la difficulté déjà rencontrée en matière départementale : *Quid* de l'organe commun à plusieurs personnes morales, et nous pourrions ajouter ici : *Quid* du préposé ? La solution est évidemment la même. C'est à la nature des actes accomplis qu'il faut se référer pour décider. Les actes sont-ils destinés à gérer les services publics communaux ? Responsabilité communale, solution inverse pour l'hypothèse contraire. La question se pose tout d'abord pour le maire. L'Assemblée constituante le considérait, dès 1789, à la fois comme le représentant principal de la commune et comme un délégué du pouvoir central. Les actes accomplis pour le compte de la commune donnent lieu à la responsabilité municipale ; les actes accomplis pour le compte de l'Etat donnent lieu à la responsabilité nationale. Mais comment distinguer les uns des autres ; il y a des actes sur lesquels on est d'accord. Rentrent dans la première série les nominations aux emplois municipaux aux termes de l'article 88 de la loi municipale, et les actes aussi énumérés à l'article 90 de la même loi. Le conseil municipal a le contrôle de ces actes et l'autorité supérieure ne fait que surveiller le maire à ce point de vue. Rentrent dans le deuxième groupe les fonctions du maire en tant qu'officier d'état civil, de police judiciaire, et, dans les communes où il n'y a pas de commissaire de police pour s'en acquitter, la fonction de ministère public en matière de contravention ; ces fonctions judiciaires n'entraînent pas la responsabilité de l'Etat, mais elles ouvrent contre le maire divers recours en responsabilité (articles 52 et 83 du Code civil ; articles 54 et 55 de la loi de Frimaire an VIII sur l'enregistrement), prise à partie. Rentrent encore dans le deuxième groupe les actes indiqués à l'article 92 de la loi municipale et qui

sont accomplis sous l'autorité de l'administration supérieure : publication et exécution des lois et règlements, exécution des mesures de sûreté générale, actes pris en conformité d'un ordre préfectoral, fonctions spéciales attribuées en matière scolaire, militaire, etc.

Sur ces divers points, la controverse n'est pas élevée, mais les difficultés commencent lorsqu'il s'agit des actes que le maire accomplit en vertu de l'article 91. La police municipale et rurale est-elle exercée pour le compte de l'Etat ? l'est-elle pour le compte de la commune ? Un premier système décide que la commune n'ayant aucun droit de police, elle ne saurait avoir en particulier les droits de l'article 91. Le maire qui les exerce n'exerce donc pas le droit de la commune, mais ceux de l'Etat. Conclusion pratique, c'est l'Etat qui est responsable ; mais comme il s'agit de puissance publique il ne répare pas le dommage. Un autre système est moins absolu. La commune n'a pas toujours eu la puissance publique parmi ses droits subjectifs. Toutefois, à partir de l'an VIII, et surtout depuis 1837, il est clair que la commune est titulaire d'un droit de police urbain et rural (1) ; mais la situation n'a-t-elle pas changé par le vote de la loi du 5 avril 1884 ? La police communale n'est-elle pas dans le système de cette loi une attribution mixte, intéressant également la commune et l'Etat ? « Le maire, disait M. de Marcère, est investi d'attributions *qui ont un caractère mixte* : la police municipale, la police rurale, la voirie municipale. S'il doit assurer l'ordre, la salubrité, la viabilité, pour remplir le but principal que dans l'origine les habitants se

(1) Et dans ce sens, on invoque avec raison l'opinion de Vivien. Voir ci-dessus notre résumé historique.

sont proposé en se réunissant sur un même lieu, cette sécurité locale, cette facilité des communications sont réclamées, non seulement dans l'intérêt des habitants en tant qu'habitants de la cité, mais encore par l'intérêt général et pour la sécurité de tous les citoyens. Ici, le maire est tout à la fois, et sans qu'on puisse distinguer, le mandataire de la communauté et le délégué de la nation : » Il est regrettable que le rapporteur lui-même nous dise qu'on ne peut distinguer dans une matière où la raison même indique qu'une distinction est nécessaire. Il faut de toute nécessité dans le débat qui nous occupe et malgré le caractère mixte que présenterait, en fait, le pouvoir de police, rattacher, fût-ce arbitrairement, l'acte du maire aux droits exercés soit par la commune, soit par l'Etat. Dans cette nécessité, on a préféré rattacher ces droits de police à l'Etat et l'on a dit : Le maire n'agit que comme magistrat chargé de veiller à la sécurité publique, la commune est peu intéressée par les actes qu'il prend, c'est l'ordre public de tout le territoire qui souffre des abus que le règlement prohibera. La preuve c'est que le maire est soumis à la surveillance de l'autorité supérieure. Les préfets pouvant annuler ou suspendre les actes individuels ou réglementaires, pris en vertu des pouvoirs dont s'agit, sont en définitive substitués au maire ; le maire n'a que l'initiative, ils ont la décision, ils représentent l'Etat, c'est la responsabilité de celui-ci qui est en cause.

M. Michoud s'élève contre l'induction tirée des travaux préparatoires en opposant au discours du rapporteur des faits précis en contradiction avec les idées de la citation de M. de Marcère. D'autre part, nous répondrons aussi à l'argument tiré de l'intervention possible du préfet. Il est souvent incorrect d'argumenter d'après les travaux pré-

paratoires, mais dans certains cas particuliers, lorsque le rapporteur est bien en communion d'idées avec sa commission et la majorité des Assemblées parlementaires, on peut cependant tirer un éclaircissement de ses discours. Mais tel n'est pas le cas pour notre discussion ; « l'opinion que c'est l'Etat que représente le maire dans l'exercice de la police rurale et municipale » paraissait bien être, dit M. Michoud, « l'opinion primitive de la commission, au nom de laquelle M. de Marcère présentait son rapport à la Chambre des députés ; le texte qu'il avait proposé et fait voter en première lecture, considérait les attributions de police municipale et rurale comme exercées sous l'autorité de l'administration supérieure, absolument comme les attributions indiquées à l'article 92. » En outre, la commission avait divisé le titre III en deux chapitres. Le deuxième, sous le titre de « Attributions exercées par le maire comme agent du pouvoir central », traitait précisément des droits de police municipale. Mais sur les observations de la Chambre et entre deux lectures elle se résigna à remplacer le contrôle de l'autorité supérieure par une simple surveillance et à ne pas soumettre les pouvoirs de police à un régime de centralisation plus rigoureux que les simples pouvoirs d'administration municipale. Au Sénat, M. Oudot fit observer que dans ces nouvelles conditions il ne convenait plus de placer les attributions de police des maires sous la rubrique : « Attributions exercées par le maire comme agent du pouvoir central » et pour déférer à sa critique, on supprima purement et simplement la division du titre III en deux chapitres. Le Ministre de l'Intérieur, par une circulaire du 15 mai 1884, consacra cette discussion parlementaire en rangeant sous le même titre les « Attributions du maire comme chef de l'assemblée communale » les

droits purement municipaux de l'article 90 et les droits de police de l'article 91. Quant aux droits de l'article 92, ils font l'objet d'une rubrique particulière « Attributions que le maire exerce comme délégué de l'Administration supérieure (1). »

Quant au second argument, il est clair que le maire ne peut être considéré que comme l'agent de la commune. Il y a excès à dire que la commune n'est pas intéressée à l'ordre public, elle est tout au moins intéressée à l'ordre public local. La sécurité publique est faite de l'absence de toutes les insécurités partielles qui doivent être réprimées lorsqu'elles apparaissent sur un point quelconque du territoire ; l'ordre public n'est que très médiocrement troublé par les désordres localisés, l'émotion considérable d'une agglomération de 500 habitants n'engendre aucune fièvre sur le reste du territoire. La commune bien plus que l'Etat, est intéressée la première à faire cesser ces désordres particuliers. Profitant dans la plus large mesure de la paix et de l'ordre que lui procurent les règlements de police, elle doit, dans la plus large mesure, réparer les dommages auxquels ces arrêtés donneraient lieu. Quant à dire que c'est logiquement le préfet qui prend ou non les mesures en question, c'est un abus de raisonnement : car s'il est exact que matériellement le préfet peut tracasser le maire par l'exercice de son droit de surveillance, il n'est pas moins certain que de tels actes sont inspirés, en théorie du moins, par le souci de ne pas laisser la commune s'affranchir de toute centralisation. Agissant ainsi, le préfet ne prétend pas exercer

(1) Voir sur divers points. — a) Archives Parlementaires. — b) Morgan. La loi municipale. — c) Bulletin du Ministère de l'Intérieur 1884 — 257.

les pouvoirs du maire ou veiller à l'ordre public communal, ce n'est là qu'une fin indirecte ; ce qu'il veut surtout, c'est rappeler au maire que le pouvoir municipal n'est pas le pouvoir absolu. Sans doute, le préfet peut abuser de cette intervention, mais ce n'est plus alors une question de droit, mais bien une question de fait, et il serait étrange de fonder sur un abus éventuel d'un agent de l'Etat une responsabilité qui doit, avant tout, être présumée communale ; du reste, si l'on admet avec beaucoup de juristes que le pouvoir réglementaire est un pouvoir législatif de formation secondaire (1), il devient hors de doute que c'est la personnalité morale, au bénéfice de laquelle ce pouvoir est exercé, qui sera déclarée, s'il y a lieu, responsable, et que peu importe l'agent qui exerce ce pouvoir.

(1) Tout magistrat que l'on revêt de l'impérium, du droit d'agir et de décider est dans le cercle de ses attributions investi de la puissance législative. Car, dans son esprit et sa conscience volontairement, ou non, un certain nombre de déterminations s'imposent à sa volonté, et suivant ces déterminations, il agit dans un sens ou dans un autre. Si maintenant, au lieu de garder secrètes et parfois inconscientes ces impulsions intérieures il les projette dans un texte ; il exerce le pouvoir législatif, mais celui-ci n'est qu'un mode de la puissance exécutive. Sans doute ce nouveau pouvoir en devenant régulier, conscient, indépendant des appréciations variables et des circonstances perturbatrices gagne en qualité et en valeur sur le pouvoir primitif dont il est issu, au point qu'on n'a pu ne plus le reconnaître sous ce masque nouveau, mais ce n'est là qu'une illusion, et la puissance est restée la même. C'est toujours le procédé de l'édit du prêteur fondant le droit ; de la puissance législative dérivée de l'autorité exécutive.

Nous concluons que le maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de police municipale et rurale, engage la responsabilité de la commune et non celle de l'Etat.

Une discussion analogue s'élève au sujet de certains préposés communaux. Sont préposés communaux et engagent sans conteste la responsabilité municipale, ceux que le maire nomme et révoque, ceux dont il a la surveillance ; mais, que décider de ceux qui sont simplement présentés par l'autorité municipale et nommés ou agréés par l'autorité supérieure ; citons, par exemple, les gardes champêtres, gardiens de la paix, receveurs d'octroi et employés au même service, receveurs municipaux. On a souvent dit que le maire n'était pas libre dans le choix de ces prétendus préposés, que le droit de diriger et de surveiller l'employé n'existait pas, qu'une sanction efficace, la révocation, faisait défaut au maire. En conséquence, ces préposés sont ceux de la personne morale supérieure qui les nomme, les dirige et les révoque. Si l'on veut bien considérer les faits, on s'apercevra rapidement qu'il n'y a là qu'un sophisme inspiré par le désir d'éviter une décision indemnitaire. Si le maire a droit de présenter trois candidats à un poste municipal, il est très clair que chacun des trois lui paraît apte à bien remplir la fonction. L'un des trois peut être meilleur employé que l'autre, mais aucun des trois n'est un mauvais employé. De même si le sous-préfet ou son supérieur refusent leur agrément à un garde champêtre, susceptible de bien faire le service, cela ne veut pas dire que par manière de protestation le maire est obligé de présenter à nouveau à leur agrément un candidat des moins qualifiés. Ecarter le meilleur n'est pas obliger à choisir le pire. En matière de surveillance et de révocation, le bon

sens conduit à des conclusions analogues, si l'on présume, ce qui doit être, que ni le maire, ni le préfet ne chercheront à se faire une guerre à coups d'épingles sur le dos des préposés municipaux ; il faut croire que le préfet tiendra compte des observations du maire avant de maintenir ou de révoquer un préposé dont la conduite soulève des appréciations contradictoires. La liberté du maire, pour être restreinte, est néanmoins suffisante, au triple point de vue, du choix, de la discipline et de la révocation, pour que l'on impose à la commune commettante la responsabilité de son préposé.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que les services rendus à ces préposés vont être utilisés en première ligne et dans la plus grande mesure par la commune, que c'est donc à elle d'avoir par une sorte de justice symétrique à supporter le fardeau de la responsabilité.

La commune peut, par la faute de ses préposés et par celle de ses organes, encourir une responsabilité ; or, elle fait, comme toutes les personnes morales du droit public, des actes d'autorité et des actes de gestion. Sa responsabilité doit-elle être la même dans tous les cas ? Nous ne revenons point sur une discussion présentée *in genere* à propos de l'Etat ; la commune est dans l'un et l'autre cas responsable ; ce n'est pas que nous pensions, comme la jurisprudence, qu'elle ne fait pas d'actes administratifs, mais nous sommes d'avis que ses actes administratifs, qui, pour la compétence, doivent échapper à l'autorité judiciaire, doivent, pour le fond du droit, engager sa responsabilité, et nous sommes heureux de constater que le Conseil d'Etat, après en avoir douté, revient sur ses idées premières. Si donc nous maintenons la division traditionnelle, ce n'est pas pour faire varier la responsabilité, mais c'est uniquement parce que cette division est attributive de compétence, et parce que c'est

surtout à l'occasion des seconds, des actes d'autorité, que pourra se poser la question du caractère discrétionnaire de l'acte, seul argument que puisse avancer la commune, cause du dommage, pour se soustraire à sa responsabilité.

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DE LA COMMUNE POUR SES ACTES DE GESTION

Nous nous sommes interdit de rechercher quelle pourrait être la responsabilité encourue par les personnes morales de droit public, à raison de leur faute contractuelle. Le terrain de la responsabilité communale pour actes de gestion se trouve donc très étroitement délimité. La responsabilité découlera en conséquence de faits très particuliers de prêt, d'objets dangereux, de dépôt nécessaire, plutôt que d'actes juridiques bien déterminés. Nous ferons également rentrer sous cette rubrique les exemples de jurisprudence qui mettent à la charge de la commune le fardeau de la responsabilité à raison des dommages causés par les choses faisant partie du patrimoine communal. A un autre point de vue nous considérons comme acte de gestion la plupart des actes faits pour le fonctionnement des services publics.

Bien qu'il soit exact de faire remarquer que la plupart de ces actes ont pour fin logique l'accomplissement de quelque acte d'autorité, il nous semble utile de ne par ren-

dre trop flottante une distinction nécessaire à de multiples points de vue entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Or, c'est à quoi aboutit cette notion d'actes de gestion faite dans l'intérêt d'un service public. Dire que de tels actes sont quasiment des actes d'autorité ou doivent à de certains égards être traités comme eux, c'est mettre contre soi le nominalisme, qui veut qu'à une expression claire soit attachée une signification précise, c'est méconnaître la règle que les tribunaux administratifs sont des juridictions d'exception et que l'exception est d'interprétation étroite, car en augmentant ainsi le nombre des actes d'autorité ou leurs similaires, on aboutit à l'extension de ces juridictions. C'est enfin faire pénétrer à nouveau dans le domaine administratif une théorie subtile et dangereuse du mobile, dont les effets seraient de transformer lentement et sûrement au profit de l'arbitraire de l'autorité, tous les actes des corps administratifs en actes de puissance publique, en faits du prince, en décisions de la souveraineté gouvernementale. Ce n'est qu'en matière de détournement de pouvoir que cette théorie a pu rendre des services. Qu'on la laisse là où elle est utile et qu'on ne l'applique pas ailleurs.

La commune, au point de vue des droits privés, peut exercer des droits réels ou des droits de créance ; nous passerons d'abord en revue les droits réels, parmi lesquels le plus important est celui de propriété. La commune est responsable, d'après la jurisprudence, aux termes des articles 1384, 1385 et 1386 du dommage causé par les choses et les animaux dont elle a la garde, égares ou échappés ; elle est responsable du dommage causé par la ruine d'un bâtiment, imputable au défaut d'entretien ou au vice de construction. La jurisprudence, en cette matière, est allée jusqu'au bout des conséquences

que cet article entraîne et n'admet d'autres excuses de la part du propriétaire que celles qui résultent du cas fortuit, du cas de force majeure ou d'une faute personnelle de la victime, l'équité n'exige pas plus ; mais pour l'article 1386, la situation n'est plus la même. En effet, la jurisprudence est divisée sur les conditions de son application : d'après un premier système, le plus équitable, l'article 1386 est l'application dans un cas particulier de la responsabilité pour faute. En dehors du cas fortuit, la ruine du bâtiment est causée par la négligence dans l'entretien. Donc, toutes les fois qu'un accident dû à cette ruine interviendra, le propriétaire sera en faute s'il n'administre pas la preuve que le fait générateur du dommage est de ceux que la prudence humaine ne peut prévoir ni prévenir. En d'autres termes, l'article 1386 établit une présomption de faute à l'encontre du propriétaire du bâtiment ruiné, et par un mécanisme souvent décrit, cette présomption entraîne le renversement de la preuve. Nous disons que cette manière de voir est des plus équitables, car, le propriétaire ayant retiré pendant toute la durée de l'exercice de son droit la jouissance du bien, ne peut rejeter sur la victime ou sur l'organisation sociale, les désagréments qui peuvent lui incomber. A tout le moins doit-il dégager sa responsabilité en établissant sa vigilance et sa prudence. Ainsi devrait en équité être tenue la commune. Les arrêts en ce sens sont les moins nombreux. La jurisprudence tient que l'article 1386 a été porté pour interpréter la disposition générale de l'article 1384, qui veut que l'on soit responsable des choses que l'on a sous sa garde, lorsque ces choses sont en particulier des bâtiments. Dans ce cas, la faute génératrice de la responsabilité est précisée, elle consiste dans le vice de la construction ou dans la négligence de

l'entretien. A défaut de cette faute, pas de responsabilité ; d'autre part, puisque cette faute est le fondement du droit indemnitaire, il y aura lieu de l'établir, et le demandeur devra faire la preuve. Tel est le régime auquel est soumise la commune par la jurisprudence la plus fréquente. « Nous reconnaissons avec M. Esmein (1) qu'il est difficile, d'après les textes du droit civil, de ne pas arriver à ce résultat, non point que les mots « dommage » causé par le fait de choses que l'on a sous sa garde » nous semblent viser les seuls animaux, mais parce qu'il ne suffit pas pour qu'une solution soit possible que le principe ne soit pas contraire aux textes du Code civil, il faut encore qu'il y soit contenu. A ainsi raisonner, on tombe par là en pleine jurisprudence prétorienne et on ne s'en cache guère. »

Mêmes conclusions en ce qui concerne l'application de l'article 1384. La responsabilité, née du fait des choses que l'on a sous sa garde, peut, suivant les systèmes admis par la jurisprudence, être considérée comme une responsabilité *ob rem*, édictant à l'encontre du propriétaire, en cas d'accident, une présomption de faute dont il ne peut se dégager qu'en administrant la preuve du cas fortuit ou de force majeure, ou en établissant la faute de la victime ; au contraire, on ne peut soutenir, comme le fait M. Esmein, que l'article 1384 n'est que le développement des articles 1382 et suivants et précise un des cas particuliers dans lesquels la victime sera admise à prouver une faute précise du propriétaire (2).

(1) Voir note dans Sirey, sous Cass., 23 février 1898-1-67 98.

(2) Nous citons ce passage en le tronquant, mais nous garantissons l'esprit sinon les termes.

Ainsi serait responsable, la commune dont la canalisation d'eau crève et inonde la cave d'un particulier (1). Cette rupture se présente pourtant avec tous les caractères de la force majeure. La ville paraît très fondée à soutenir qu'elle ne pouvait prévoir et empêcher l'accident qui s'est produit. Elle sera pourtant déclarée responsable.

Le Conseil d'Etat, qui a maintes fois décidé que le droit privé n'était ni la mesure ni la règle de la responsabilité de l'Etat hésite à étendre cette idée à la responsabilité des villes ; lorsque l'occasion se présente d'appliquer la théorie du risque réel, il préfère motiver autrement ses avis. C'est ainsi que sollicité de déclarer responsable la commune dont le cantonnier avait blessé imprudemment un ouvrier travaillant sur un chemin vicinal ordinaire, le Conseil a fondé sa décision sur le fait que la commune jouait le rôle du maître de l'ouvrage. Or, une telle responsabilité devient des plus douteuses, dès que le maître de l'ouvrage n'a pas la surveillance du travail. En particulier, dans l'hypothèse que l'on examine, la surveillance du travail était faite par l'agent-voyer du département. Le Conseil a déclaré que la circonstance était indifférente, le travail entrepris profitant directement à la commune. Il a donc, dans une certaine mesure, fait litière des principes classiques de la préposition, mais à juger dans le sens de l'équité, la théorie de

(1) N'aurait-on pas pu considérer cette rupture, comme régie par le droit des travaux publics ? Les dommages causés par les travaux publics, comprenant ceux qui résultent de la façon dont le travail public se comporte.

la responsabilité *ob rem* lui permettait une solution plus élégante. (S., 3-143-1902.)

Les autres hypothèses dont la jurisprudence a eu à s'occuper ont été résolues par l'application des théories classiques de la faute. La commune est responsable de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour assurer le libre écoulement des eaux. Les dommages ainsi causés sont des dommages patrimoniaux ne résultant pas de travaux publics, et c'est à tort que le Conseil de préfecture a prétendu en connaître...

L'exercice des droits de créance de la commune peut donner lieu contre elle à des responsabilités aussi nombreuses que l'exercice de ses droits réels. Nous ne devons pas étudier ici la faute contractuelle, mais il nous faut passer en revue diverses situations de fait assez intéressantes. Ainsi, le dépôt de matériaux appartenant à la municipalité sur la voirie publique ou dans un immeuble affecté à un service public, peut s'accompagner de fautes donnant lieu à responsabilité. Nous relevons une décision en date du 21 avril 1903, dans la *Gazette des Tribunaux*, du 5 janvier 1905, aux termes de laquelle le fait par l'Administration de la Ville de Paris de laisser à l'abandon sans aucune surveillance, et pendant longtemps sur la voie publique des pavés qui ne sont d'ailleurs pas nécessaire aux travaux de voirie constitué à la charge de cette Ville, une faute lourde, pouvant en cas d'accident engager sa responsabilité. Si, dit encore un arrêt de cassation (3-136 ; S. 1904) un élève a puisé dans un baquet qui se trouve dans la cour de l'école pour des réparations entreprises par la commune, de la chaux qu'il a jeté dans l'œil d'un de ses camarades, la responsabilité de la commune peut être engagée pour avoir entrepris en temps scolaire des réparations non urgentes

sans prendre les mesures de précaution nécessaires pour éviter les accidents ; il importe peu que les réparations dont s'agit n'aient été entreprises que sur la demande et de l'avis de l'autorité académique.

La commune a été encore déclarée responsable de la faute de son maire qui a prêté, à l'occasion de la fête du village, de vieilles pièces d'artillerie à des jeunes gens inexpérimentés.

Attendu, dit à ce point de vue un arrêt de la Cour de Toulouse, du 3 février 1896 (S. 97-2-257) « qu'une commune est un être moral constitué par l'agrégation des citoyens ayant des intérêts propres pouvant acquérir, vendre, ayant une existence civile et pouvant être tenue par voie de conséquence à certaines obligations civiles, notamment passible de dommages-intérêts aux termes de l'article 1382..... » (1)

(1) M. Michoud apprécie comme il suit dans une note sous un arrêt, le caractère de l'acte du maire : « Les tribunaux judiciaires peuvent connaître de la faute qui consiste à avoir prêté à des jeunes gens inexpérimentés, sans leur imposer les précautions nécessaires, une coulevrine, propriété privée de la commune. C'est là un acte de gestion du patrimoine privé à l'égard duquel les tribunaux seraient compétents même s'il s'agissait de l'Etat. »

CHAPITRE IV

ACTES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS

Contrairement à ce qu'elle décide pour les actes de l'Etat, la jurisprudence soumet sans hésitation la commune à l'application du droit privé et à la compétence des tribunaux judiciaires dans diverses hypothèses de gestion de services publics ; les exemples en sont nombreux, on a admis que la commune était responsable dans les termes du droit commun des actes d'un artificier imprudent qui était employé par elle au cours d'une fête publique (1) ; qu'elle était encore tenue de réparer le préjudice causé par l'exécution illégale d'une œuvre musicale, au cours d'une fête qu'elle avait donnée. Ces actes ne sont plus dans le pur intérêt du patrimoine privé, comme l'était par exemple l'acte du maire dressant procès-verbal à raison d'extraction irrégulière de pierres d'une carrière communale (3). On a admis encore qu'une commune était responsable de la faute commise par son maire en laissant un banquier émettre un emprunt dans des conditions telles que le public pouvait se persuader que l'emprunt était émis par la commune elle-même ;

(1) D. 93 2-414.

(2) D. 73 1-253.

(3) D. 1837-1-163.

cependant, dit M. Michoud, il ne s'agit pas là de la pure gestion du patrimoine privé, mais bien d'un emprunt contracté en vue de services publics.

On n'eût sûrement pas traité l'Etat comme on traite la commune. Quelque partisan que nous soyons d'un traitement commun pour chacune de ces deux personnes morales, nous ne pouvons, et nous nous en sommes expliqué, admettre pour les actes de gestion des services publics des règles différentes des actes de gestion purs et simples ; nous pensons donc que « la commune est responsable des fautes commises par son maire *en qualité d'administrateur des biens communaux* et spécialement des conséquences de l'erreur en laquelle les souscripteurs à un emprunt municipal ont été induits par la faute d'un tiers, faute que la prévoyance du maire aurait pu rendre impossible (1). Nous citerons à peu près dans le même sens un arrêt de la Cour de Nîmes : « Attendu, dit cette Cour, que c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré la commune responsable du paiement des 6 obligations fausses vendues par E. à Dumas à raison de la faute commise par son maire, qui au mépris des prescriptions formelles du règlement du 23 juillet 1879, avait laissé son secrétaire E. maître des formules et

(1) Il est question dans cette affaire des agissements de Mary Raynaud et de sa fameuse Banque d'Etat. Mary Raynaud, par une publicité aussi habile que deshonnête, fit croire que l'emprunt émis par sa banque émanait de la municipalité elle-même. Diverses personnes, Gacou, Coquet, souscrivirent pour 10 obligations à Raynaud. Celui-ci ne versa rien à la ville (Mâcon) et remit à ses victimes des titres faux. Celles-ci firent condamner la ville. — D, 1905-2-468, 93-2-197, 94-1-340.

des timbres de la mairie, au lieu de veiller à ce que les formules (c'étaient des titres d'emprunt) qui devaient être établies par ses soins ne lui fussent remises qu'en échange d'une reconnaissance et à ce que celles qui n'avaient pas été employées fussent restituées et annulées (1). » Une hypothèse intéressante, et à laquelle M. Michoud a consacré une note substantielle nous est encore fournie par un jugement et un arrêt rapportés par Sirey, 97, t. 2, p. 257 (note) concernant la commune de Sainte-Mère-l'Eglise, dans la Manche. La commune en question voulant attirer à elle le personnel d'une foire qui se tenait à une commune voisine, celle de Boutteville, distante d'environ deux lieues, imagina d'organiser, la veille de ladite foire, une montre d'animaux sur son propre territoire ; les autorités municipales et les habitants, chacun de son côté, se livrèrent à des manœuvres variées pour attirer à Sainte-Mère-l'Eglise les marchands et les forains. Intervint une décision du Conseil général de la Manche, en date du 24 août 1892, rendue exécutoire. La montre était autorisée à Boutteville, elle ne l'était pas à Sainte-Mère-l'Eglise ! Dès lors les manœuvres des habitants et de la municipalité devenaient répréhensibles. On rappela en vain à la commune que les halles, foires, montres et marchés étaient des réunions soumises à la surveillance des autorités, qu'autrefois c'avait été un droit régalien, un privilège de la puissance publique de les autoriser, et que la réunion d'un nombre considérable de marchands encouragés par la mairie et les habitants, sans l'autorisation légale devenait subversive. La com-

(1) Cet arrêt est par ailleurs intéressant, en ce qu'il écarte au profit de Dumas, la victime, l'application de la théorie de la faute commune.

muné interpellée ainsi protestait de son respect aux lois, mais l'action de la municipalité et de ses habitants restait toujours aussi énergique. Le maire soutenait qu'il lui serait impossible d'empêcher la montre d'avoir lieu, étant certain d'avance que son autorité serait méconnue et que, s'il avait la prétention d'en user, sous le prétexte fallacieux de ne pas « porter atteinte à des lois que le public ignore ou feint d'ignorer, parce qu'elles sont en contradiction flagrante avec ses intérêts, sa conduite n'aurait d'autre résultat que d'amener une réprobation générale et un scandale dont les résultats seraient déplorable. La loi devait certes toujours triompher des résistances qu'on lui oppose, mais il ne fallait pas en tenter l'épreuve quand on était persuadé d'un échec » De leur côté les habitants publiaient de tous côtés que la veille de la foire de Boutteville, les herbages et les écuries seraient mis gracieusement à la disposition des marchands et de leur bétail, on vantait les avantages de la grande place de la commune, on organisait une fête pour la soirée, et un service de voitures gratuit à tous les trains de la gare la plus voisine. Le Conseil municipal décidait que la grande place serait offerte aux montreurs d'animaux ; la halle aux grains aux souscripteurs du banquet et l'école publique aux organisateurs du concert ; enfin le secrétaire municipal, agissant en cette qualité, distribuait à tout venant des circulaires, imprimées sur le papier officiel, et annonçant la montre interdite. Ce qui devait arriver arriva et la commune de Boutteville assigna en réparation celle de Sainte-Mère-l'Eglise. La réparation fut aussitôt accordée, mais, dit M. Michoud, il faut remarquer que bien qu'il s'agit de créer là un service public et que les actes qui tendaient à cette fin aient un caractère administratif, la jurisprudence n'a pas hé-

sité à se prononcer. « Si l'on lit le très curieux exposé de faits qui se trouvent contenus dans le jugement du Tribunal civil de Valognes, on constate qu'il s'agit d'une commune dont le maire et le Conseil municipal ont, par divers agissements, encouragé sur son territoire la tenue d'une foire non autorisée, qu'ils avaient pour devoir d'interdire. En se rendant coupable de ces faits illégaux, le maire et le Conseil municipal ne faisaient pas acte d'administration du patrimoine privé de la commune. Ils entendaient gérer un service public communal, et si, dans cette gestion, ils commettaient une faute préjudiciable à la commune voisine, cette faute, d'après les principes admis pour l'Etat, ne pouvait être appréciée que par les tribunaux administratifs ». Nous maintenons à l'encontre de cette citation notre opinion première, les actes de gestion, même intéressant les services publics, sont et doivent rester dans le contentieux judiciaire.

Un grand nombre de litiges intéressant la responsabilité communale sont nés de la transformation des méthodes d'éclairage public. Les communes désirant s'éclairer à l'électricité se sont souvent trouvées en conflit avec les compagnies de gaz, leurs concessionnaires. En général, celles-ci ont eu gain de cause. Nous citerons à ce point de vue un arrêt du Conseil d'Etat portant que la commune est responsable du préjudice causé à la compagnie du gaz par l'autorisation donnée par le préfet, de déposer les fils électriques sur le domaine de la grande voirie, alors que cette autorisation a été donnée à la suite d'une délibération du Conseil municipal, exprimant malgré cette réserve, un avis favorable du maire. (D. 1904-3-85).

CHAPITRE V

ACTES D'AUTORITÉ

Dans toutes les hypothèses que nous venons de passer en revue, il y a des actes de gestion qui sont loin d'être dans le pur intérêt du patrimoine privé-communal, mais la jurisprudence va aux dernières conséquences de son système et, même en matière d'actes d'autorité, soumet la commune au droit privé dans des cas qui excluraient pour l'Etat, non-seulement l'application du droit privé, non-seulement la compétence de l'autorité judiciaire, mais encore la responsabilité elle-même. Les mesures de police prises par le maire constituent à un haut degré l'exercice de la puissance publique. Aucune des raisons invoquées pour suspendre alors la responsabilité, n'est cependant objectée dans cette hypothèse, et pourtant le pouvoir réglementaire dont use le maire, les mesures de police individuelles et d'exécution immédiate ne sont pas différentes de leur nature du pouvoir réglementaire du préfet ou du chef de l'Etat. Les arrêtés préfectoraux et municipaux, les décrets, constituent un pouvoir législatif de formation secondaire ; les actes de police actuelle et immédiate par quelque autorité qu'elles soient prises rentrent dans le cercle de ses fonctions exécutives. Mais à part quelques arrêtés dissidents, le bloc de la jurisprudence soumet les actes d'autorité de la commune à la critique et au contrôle des tribunaux judiciaires. Nous

avons mentionné ces dissidences dans le passage relatif à l'existence des droits publics de la commune (p. 279), il ne nous reste plus qu'à donner quelques exemples tirés des recueils d'arrêts.

La Cour d'Aix, et après elle la Cour de cassation, ont déclaré la commune de Marseille civilement responsable d'une blessure qu'un agent de police, dans l'exercice de ses fonctions, avait faite à une personne en tirant des coups de revolver sur la foule. La même Cour (1), chargée de décider des indemnités dues aux victimes blessées lors de l'éroulement d'arènes où se donnaient des courses de taureaux, n'hésita pas à les accorder, par ce motif qu'il n'est pas dérogé à l'article 1382 par les dispositions de la loi de 1884, qui donnent au maire un pouvoir de police ; il n'y a pas à distinguer en cette matière la nature des actes des préposés de la commune : qu'ils agissent pour les intérêts privés de la commune ou qu'ils s'occupent des intérêts publics ; qu'ils contractent ou qu'ils ordonnent, la solution est la même ; si toutefois ils ont exécuté des ordres régulièrement donnés par l'autorité municipale. Il y a en particulier faute lourde pour l'architecte municipal préposé, à déclarer sans s'être assuré de l'accomplissement des mesures prescrites que des arènes présentaient la plus grande solidité. De même, la jurisprudence des tribunaux judiciaires se prononçait sans hésitation sur les responsabilités encourues par la commune, lorsqu'au cours d'une fête, ses agents se rendent coupables d'imprudence et provoquent des accidents, alors même que ces actes pouvaient être considérés comme l'exercice de la puissance publique. (S. 1900-

(1) Respectivement. S. 1880-2-300 et S. 98-2-120.

2-106). Les accidents occasionnés par le fait des agents communaux lors d'une fête publique (S. 1900-2-166), entraînent pour la commune obligation de réparer le dommage, et il importe peu que certains actes desdits agents aient eu pour but le maintien de l'ordre. Les communes ont été souvent condamnées à réparer les dommages dus aux feux d'artifice qu'elles font tirer, et les tribunaux, pour décider en ce sens se fondent autant sur l'inexpérience des artificiers, sur la faute commise dans l'organisation de la réjouissance publique, que sur l'absence d'une zone protectrice, ou l'insuffisance des mesures d'ordre. La *culpa in omittendo*, même pour les actes d'autorité, est de celles qui suivant les tribunaux judiciaires doivent entraîner la responsabilité (95-2-180, Sirey).

Ces solutions sont conformes à l'équité et on ne peut que les approuver, toutefois, au point de vue des principes, il peut paraître incorrect que les tribunaux judiciaires examinent des actes d'autorité, alors que la règle de la séparation des pouvoirs s'y oppose formellement. Les tribunaux judiciaires ont pressenti souvent la difficulté et employé des biais divers pour y échapper. Tantôt, comme dans l'arrêt que nous rapportons ci-dessus, ils font valoir, à côté de l'insuffisance des mesures de police, quelque faute de service bien caractérisée, telle que l'inexpérience des jeunes gens à qui l'on confie le matériel des feux d'artifice ou le mauvais état de ce matériel lui-même ; tantôt ils ont soin de séparer l'acte d'autorité tel qu'il leur est déféré de certaines mesures d'exécution qui s'y rattachent, sans se confondre avec lui ; d'autres établissent *per fas et nefas* que, pour statuer, ils n'ont pas à apprécier ou à interpréter l'acte administratif ; d'autres, enfin, entraînés par la logique de la situation, ont recours au mécanisme de la question préjudicielle et

ne statuent qu'après avoir obtenu de l'autorité administrative une décision préliminaire. Le terme final de cette évolution est évidemment une décision d'incompétence, et cette décision est naturellement intervenue dans les cas où les circonstances étaient les plus favorables (*culpa in omittendo*, révocation des employés municipaux).

Le Conseil d'Etat, de son côté, a été saisi de recours tendant à obtenir réparation de dommages causés par les actes de police municipale. Le Conseil d'Etat dut d'abord être très embarrassé ; ces recours, d'ordinaire, étaient portés devant les tribunaux judiciaires ; la question avait donc tout l'intérêt pour eux de la nouveauté, mais aussi toute la difficulté ; d'autre part, du moment qu'il avait à statuer sur une mesure d'autorité qui lui était formellement désignée, il ne pouvait conclure à la compétence judiciaire. Il répondait sans plus s'expliquer qu'il ne connaissait en cette matière que du contentieux d'annulation et non de celui de pleine juridiction (99-3-15 et S. 2. Sirey). Et de fait, le pouvoir réglementaire est soumis par lui au contrôle assez sévère (1). Mais, en présence des décisions d'incompétence prises par certains tribunaux judiciaires, le Conseil dut revenir sur sa jurisprudence ; il accueillit donc les recours intentés à raison du dommage causé par les mesures de police, mais leur appliquant son système de l'irresponsabilité de la puissance publique, il rejeta les conclusions des parties qui demandaient une indemnité (D. 1904-3-19). Toutefois, dans une série d'arrêts tout récents, le Conseil d'Etat

(1) Sirey 1-97-2 157.

(1) Revue critique de législation et de jurisprudence. Brémond, p. 83, fév. 1888.

abandonne son principe de l'irresponsabilité en matière de puissance publique ; l'Etat, comme la commune, répondra des actes injustes commis dans cette sphère de leur action. Cette évolution remarquable de la jurisprudence nous paraît mériter quelques détails ; nous les empruntons à M. le commissaire du gouvernement Teissier, qui, dans ses conclusions, a mené le bon combat en faveur de la responsabilité des personnes morales du droit administratif, même pour leurs actes de puissance publique. « Le ministre de l'Intérieur, dit-il (D. 1905-3-29), nous demande de repousser le pourvoi (il s'agissait d'une révocation d'employé communal) par une fin de non-recevoir tirée de l'irresponsabilité absolue de la commune, à raison des fautes de ses représentants (le maire en l'espèce). Il invoque à ce sujet un arrêt formel du 15 décembre 1899. Nous croyons avoir démontré dans des conclusions toutes récentes qu'elle n'est conforme ni au dernier état de la jurisprudence, ni aux principes généraux du droit. Sans doute, le maire, investi de l'imperium, peut révoquer les fonctionnaires et agents municipaux sans que les décisions qu'il prend dans cet ordre d'idées puissent faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir ; mais ce principe souffre lui-même des exceptions, violation des formes prescrites par les règlements municipaux sur les employés, ou si la mesure de discipline constitue un détournement de pouvoir, lorsque, par exemple, elle a pour but de punir un agent pour l'accomplissement de son devoir professionnel que le maire aurait désiré ne pas lui voir remplir (D. 1902-3-10). Pourquoi, dès lors, ne pas passer de l'annulation de l'acte à la responsabilité ?... Nous avons indiqué que la jurisprudence paraît bien s'orienter dans ce sens, et qu'en tous cas elle n'opposait plus jamais dans ces temps

derniers la fin de non-recevoir rigide et absolue tirée *du prétendu principe de l'irresponsabilité de l'Administration à raison des actes de puissance publique.* »

Ainsi plus rien ne s'oppose à ce que les actes de la commune soient soumis aux mêmes règles que les actes de l'Etat ; comme lui elle exerce la puissance publique, comme lui elle est responsable, comme lui elle est soumise au contrôle du Conseil d'Etat, qui, maintenant, n'hésite plus ou hésite moins à conclure à sa responsabilité. L'accueil favorable fait par l'autorité judiciaire aux recours des particuliers contre les dommages causés par l'exercice de l'autorité municipale était, pour les partisans du droit et de la justice, un prétexte, sinon un argument, pour accepter une compétence contraire aux principes, mais équitable en fait. Ce prétexte même n'existe plus. Nous concluons à ce que la commune soit déclarée responsable des dommages causés par les actes d'autorité de ses organes et à ce qu'elle en réponde devant le tribunal administratif de droit commun.

Section III

RESPONSABILITÉS DE LA COMMUNE MISES A SA CHARGE PAR DES TEXTES LÉGISLATIFS

Responsabilité particulière pour attroupements séditieux

Indépendamment des obligations que font peser sur la commune les principes abstraits de la responsabilité, on doit signaler celles qu'un texte de loi positif a mises à sa charge. C'est ainsi que la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre II, met à la charge des communes les dommages résultant de l'impraticabilité des chemins publics. Les communes doivent veiller au bon entretien de ces chemins ; à défaut, la loi sanctionne leur négligence par une action en responsabilité. Parfois, des particuliers, dans l'impossibilité de suivre leur route sur un chemin défoncé, ont été obligés de prendre à travers champs, de fouler des récoltes, de franchir ou de renverser les clôtures qui s'opposaient à leur marche. C'est en définitive la commune que les tribunaux ont mise en cause lorsqu'il a fallu réparer le dommage.

Le Code forestier met à la charge des communes les condamnations portées contre les pâtres (art. 82) ; ces condamnations peuvent être prononcées, soit à titre de dommages-intérêts, soit d'amendes ; on a discuté ce dernier point, mais la majorité des auteurs et la jurisprudence pensent que, malgré le caractère individuel

des peines, la commune, personne collective, peut et doit payer l'amende.

La loi du 27 avril 1881 met à la charge des communes d'Algérie les indemnités afférentes aux dégradations commises par les colons aux armes que l'Etat leur confie. La loi du 13 juin 1851 permet, en effet, à l'administration militaire de laisser en possession de leurs armes les réservistes de l'Algérie. Pour assurer le bon entretien de ce matériel d'armement, on a rendu la commune responsable, mais il n'y a là qu'un déplacement de la responsabilité, qu'une question de garantie, car les communes qui doivent faire l'avance des fonds afférents aux réparations, conservent leur recours contre les réservistes négligents. Ce n'est pas à vrai dire un cas particulier de responsabilité collective de la personne morale.

Une question très intéressante de gestion d'affaires (1) se pose au sujet de l'application de l'article 97, paragraphe sixième de la loi municipale de 1884, relatif aux réquisitions ; le maire doit répartir équitablement entre les habitants, suivant leurs facultés, le logement et la nourriture des troupes. Le seul devoir qui l'oblige est d'y procéder avec justice. Or, il est souvent arrivé, en 1870 notamment, qu'à défaut de maire, l'autorité militaire ennemie ait obligé un habitant à effectuer cette répartition, et, pour ne pas faire durer l'opération, elle commençait par exiger de cet habitant la totalité des choses requises. L'habitant, dans ce cas, a été considéré comme le gérant d'affaires du maire et a pu se faire indemniser par la commune, qui avait évidemment profité de sa gestion. Au fond, nous pensons que l'on a prononcé le mot ges-

(1) D. 72 2-200, 74-1-117, 83 1-374, 82-1 57.

tion d'affaires parce qu'on ne savait trop sur quel argument juridique on pourrait appuyer une réparation que tout le monde appelait de ses vœux. Car, d'une part, la réquisition, faite en dehors de la municipalité, était non un acte juridique, mais un acte de violence et d'arbitraire, un simple fait de guerre, qui, à en croire les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement, ne devrait pas être réparé. Par ailleurs, il était assez audacieux de parler de gestion d'affaires, d'acte libre et volontaire, alors que, en fait, le citoyen avait agi sous l'impérieuse contrainte de la nécessité (art. 1375 du Code civil). Au surplus, c'est plutôt là une question rétrospective, la loi du 27 juin 1881 ayant mis un terme à toutes les discussions sur ce point.

Le même paragraphe a donné lieu, en matière d'incendie à de nombreuses difficultés d'application. Le maire a le droit de prendre des mesures pour prévenir les incendies et les combattre. Les dommages que ces mesures causent sont donc en quelque sorte autorisés par la loi : c'est un de ces cas d'administration discrétionnaire qui est exclusif de toute faute, puisqu'un texte précis et formel donne à l'autorité le droit d'agir. La jurisprudence a décidé dans ce sens que les particuliers ne sauraient s'exonérer de l'obligation qui pèse sur eux de déférer, aux réquisitions du maire qui les invite à payer de leur personne sur tel ou tel point du sinistre, aux mesures de destruction prises pour éviter la propagation du fléau (démolition partielle ou totale d'immeubles), aux ordres qui prescrivent de fournir de l'eau aux pompiers ou de ne pas tenir compte de l'inviolabilité du domicile. Les dommages causés par les pertes matérielles, par la violation du droit de propriété ne sont pas plus indemni-

sès que le travail des citoyens requis de prêter la main à l'extinction du feu.

Mais ce n'est qu'à raison du caractère discrétionnaire de ces actes que les solutions ont prévalu. Or, seule, l'autorité municipale est investie de droits de cette nature et il en résulte que le dommage causé par les agents municipaux sans les ordres du maire ou de l'officier appelé à combattre le feu ne devra pas être réparé ; de même, si les mesures prises l'ont été à l'encontre des droits des propriétaires dont les biens se trouvaient soit hors de danger, soit dans un rayon éloigné du sinistre, la responsabilité communale pourra être engagée par les fautes commises qui ne peuvent plus être couvertes par le texte de 1884. Il est bien évident, d'ailleurs, qu'en ces matières la question se posera la plupart du temps en fait.

Au demeurant, ce n'est pas dans la série des textes précités que se trouve la loi qui grève le plus les communes, mais bien dans les articles 106 à 109 de la loi municipale, qui mettent à la charge de la commune la responsabilité de dommages causés par les attroupements séditieux.

Nous avons dit que cette responsabilité particulière datait de la Révolution. L'article 5 de la loi du 26 février 1789 décidait que lorsqu'il aurait été causé quelque dommage par un attroupement, la commune en répondrait, sous la double condition qu'elle disposât d'une force suffisante pour empêcher l'attroupement, et qu'on l'ait requise d'intervenir. Le 21 octobre 1790, un décret contre les attroupements rendait passibles de l'application de la loi martiale les attroupements de plus de quinze personnes. Le 26 juillet 1791, on rendait responsable des désordres des attroupements les officiers municipaux. Le 16 prairial an III, il fallait encore rendre une loi punissant le pillage des grains, farines, vivres. Il fallait, en

effet, à tout prix assurer en France l'ordre public gravement compromis. Taine (1) s'est complu à tracer le tableau des désordres provoqués par les famines et la misère économique des premières années de la Révolution ; quand on a lu ces pages, on ne peut plus s'étonner de l'abondance des textes sur la matière ; leur fréquence rend compte de l'intensité du péril. La loi de vendémiaire an IV, qui revit dans les articles 106 à 109 de la loi de 1884, dut édicter une série de mesures des plus rigoureuses. Elle vise les crimes commis à force ouverte par les attroupements armés ou non. Tous les habitants sont respectivement garants les uns vis-à-vis des autres du bon ordre et de la sécurité. Les biens volés ou pillés devront être restitués, sinon ils seront payés le double de leur valeur, sans préjudice d'amende envers l'Etat et de dommages-intérêts pour le trouble apporté à la jouissance. L'obligation de payer ces diverses réparations incombait aux vingt contribuables les plus imposés de la commune. Une procédure de contribution était ensuite organisée pour répartir définitivement la somme entre les habitants.

La loi qui établissait un régime de responsabilité aussi énergique, fut, à peine votée, soumise à de multiples attaques. Ce fut surtout après la Révolution que le caractère exceptionnel de ses dispositions fut maintes fois critiqué. Les partisans des régimes monarchiques qui se sont succédés au cours du XIX^e siècle dénonçaient la loi comme un de ces excès de la Révolution, dont il appartenait aux gouvernements établis depuis, de réduire le nombre.

(1) Origines de la France contemporaine.

Mais ceux-ci, trouvant la loi excellente pour le maintien de l'ordre public⁽¹⁾, restaient sourds aux objurgations de leurs partisans. En définitive, la jurisprudence tenait compte de l'opinion publique et amendait les dispositions les plus draconiennes du texte. Lors de la rédaction de la loi de 1884, il a été tenu compte du mouvement critique très important qui s'était produit depuis Vendémiaire et on a notamment supprimé l'obligation d'assurer provisoirement la réparation que le législateur avait édictée à l'encontre des notables les plus imposés.

Idee théorique dont la loi s'inspire. — La responsabilité des communes pour attroupements séditieux est un remarquable cas d'application de la théorie organique : c'est à raison de la faute d'omission commise par les autorités municipales que la responsabilité est encourue. « L'idée de faute, dit un commentateur de la loi (2), est facile à justifier ; la commune est un corps moral qui a la police de son territoire, il lui appartient d'empêcher les désordres qui s'y commettent ; le maire (ou tout autre organe, préfet ou délégation municipale), en qui la

(1) Le même motif faisait, à peu près à la même époque (1848), promulguer à l'étranger des dispositions du même genre (Loi prussienne du 11 mars 1850; bavaroise du 12 mars 1850; autrichienne du 17 mars 1849 et du 5 mars 1862.) En Belgique, la loi de vendémiaire an IV a été maintenue jusqu'à aujourd'hui. La responsabilité particulière des communes aide, en effet, au maintien de l'ordre sur tout le territoire ; et c'est autant de préoccupations dont l'Etat est libéré. C'est pourquoi, dit M. Michoud, il est utile de maintenir ce régime qui tient les communes en haleine, et de ne pas y substituer la responsabilité de l'Etat.

(2) Roguin. — *De la responsabilité des communes*, p. 137.

loi incarne cette obligation, a le pouvoir de mettre en mouvement la force publique pour dissiper les rassemblements quand il n'a pas pu les prévenir ; cela suffit pour donner lieu à responsabilité et non à une peine. La commune a commis une négligence ou une faute. De là, découle pour elle l'obligation d'en réparer les suites. »

Il résulte de cette conception particulière que toutes les rigueurs de la loi de Vendémiaire devaient être supprimées. La réparation du dommage suffira ; on ne saurait donc à titre de peine élever cette réparation au double ou ordonner le paiement d'une amende ; de telles dispositions auraient un caractère pénal, et il ne faut pas confondre la réparation afférente aux dégâts « résultant des crimes et délits » avec les sanctions de ces crimes et de ces délits eux-mêmes.

On serait également mal venu à présenter la responsabilité de la loi de 1884 comme fondée sur une théorie de risque. Dans une théorie de ce genre, on devrait, en effet, aboutir à la réparation de tous les dommages ; or, nous verrons plus loin : 1° qu'il y a lieu de préciser les conditions dans lesquelles la responsabilité est mise en jeu, et 2° qu'elle ne peut pas toujours être invoquée.

La faute est donc le fondement de la responsabilité communale. Cette faute est présumée, c'est-à-dire que lorsque des dommages auront été causés par des attroupements séditieux, il suffira de faire la preuve de l'existence du dommage et des moyens délictueux ou criminels que l'attroupement a mis en œuvre pour les commettre pour conclure à la responsabilité communale. La faute commise est rendue évidente par la survenance du dommage. Le seul moyen pour faire tomber la présomption de la loi est de prouver qu'il a été fait tout ce que la prudence humaine permettait de faire pour éviter les dom-

mages intervenus. Cette situation est des plus fâcheuses pour la commune ; elle doit, en somme, administrer la preuve qu'elle n'a rien à se reprocher, et c'est là la preuve négative, difficile entre toutes, que nos anciens juristes appelaient *probatio diabolica*. Ces déductions rigoureuses doivent cependant être maintenues, un incident de la discussion parlementaire (1) obligeant l'interprète à conclure dans le sens de la faute présumée (2).

Conditions d'existence de la responsabilité. — La commune ne peut être recherchée en responsabilité, conformément aux articles 106 à 109 de la loi municipale, qu'à trois conditions : existence d'un dommage, existence d'un délit ou d'un crime à force ouverte, caractère collectif des actes de déprédation.

Reprenons ces différents points.

A. *Existence d'un dommage.* — C'est une condition évidente : pour avoir action, il faut avoir intérêt ; pour avoir intérêt à réparation, il faut avoir souffert un dommage. Ces deux propositions nous conduisent à admettre la

(1) Rejet de l'amendement Bernard, qui obligeait les victimes de l'attroupement à rapporter la preuve de la faute. *Archives parlementaires*, 1883, p. 208.

(2) Une application intéressante a été faite de cette idée de faute présumée. Si la victime, par son imprudence, a excité les passions des émeutiers et attiré sur elle leur violence, il est inexact de dire qu'elle a commis une faute par ses actes de provocation, et qu'on doit à raison de la théorie de la faute commune balancer la réparation. Puisque la municipalité est présumée en faute par la seule survenance du dommage, on ne saurait soutenir qu'un acte de la victime puisse faire tomber cette présomption. Bordeaux, *Jurisprudence générale*. V. commune, 2678.

responsabilité pour les dommages tant personnels (meurtres, assassinats, blessures, contrainte exercée sur la victime pour l'obliger à faire des actes pénibles ou humiliants) que matériels (meubles, immeubles, biens publics ou privés). Cependant, la commune n'est pas obligée de réparer les dommages causés aux biens municipaux, et c'est là un critérium évident de l'unité de sa personnalité morale.

B. *Existence d'un crime ou d'un délit commis à force ouverte.* — La loi pénale définit les faits criminels ou délictueux ; c'est donc à elle qu'il faudra se référer pour qualifier les actes et les moyens par lesquels le dommage a été causé. L'appréciation du ministère public est indépendante de ces définitions légales ; on ne saurait donc faire état de son inaction pour conclure à l'irresponsabilité. De même les mesures de grâce ou d'amnistie ne font pas cesser l'obligation de réparer qui incombe à la commune. Par contre, les acquittements fondés sur l'inexistence de l'infraction exonèrent complètement les municipalités (1). Les crimes et délits dont il s'agit doivent de plus avoir été commis à force ouverte, c'est-à-dire publiquement ; la publicité est une question de fait ; toutefois, il faut rappeler que la jurisprudence décide qu'il suffit que le fait ait pu être connu par le public pour que la clandestinité cesse. L'isolement des malfaiteurs ne fait donc pas nécessairement obstacle à la réparation.

(1) De même la prescription criminelle décennale ou la prescription délictuelle triennale libèrent les municipalités.

C. Caractère collectif des actes de déprédation. — Les actes dommageables ne seront réparés que s'ils sont commis par un attroupement. Cette notion d'attroupement est aussi imprécise que possible. La jurisprudence, qui s'inspirait d'abord du décret du 21 octobre 1790 pour exiger la présence de quinze personnes au moins, ou des articles 109, 209 et 210 du Code pénal pour définir l'attroupement, est revenu à une méthode moins savante et statue en fait. Suivant l'importance de la localité, l'excitation des émeutiers ou toute autre circonstance particulière, les séditeux peuvent, même en petit nombre, compromettre la tranquillité publique et obliger l'autorité municipale à l'action. Il importe d'ailleurs peu que cette réunion soit à ses origines licite ou irrégulière, que le mouvement ait un caractère simplement local ou soit dû à une agitation politique générale. Toutes les fins de non-recevoir de ce genre opposées par les municipalités à l'action en responsabilité, ont toujours été écartées par la jurisprudence. Les communes n'ont pas été davantage autorisées à rejeter sur des municipalités étrangères le fardeau de la réparation sous prétexte qu'une partie des délinquants ressortissaient auxdites municipalités. La jurisprudence a écarté ces prétentions, fondées cependant sur le texte même de la loi de 1884, par des considérations tirées de la difficulté de la preuve.

Etendue de la responsabilité. — Le législateur se rendant compte des énergiques effets de la présomption de faute édictée à l'encontre de la commune, a précisé deux des cas dans lesquels la responsabilité de celle-ci cesse. La commune est admise à prouver qu'elle a pris des mesures pour prévenir les attroupements; mais les tribunaux sont très stricts sur la qualité de ces mesures; ils

exigent le déploiement d'une action directe, ferme et efficace ; les discours et les proclamations ne suffisent pas à dégager la responsabilité de la commune. Il suit de là que si la commune ne dispose pas de la force armée (villes de Paris et Lyon, villes en état de siège), elle échappe à toute responsabilité. Quant aux dégâts causés par la répression même de l'émeute, il nous semble qu'ils ne doivent pas entraîner la responsabilité. La commune, en réprimant l'attroupement, fait ce qu'elle a le droit de faire, elle accomplit une obligation propre qui lui incombe. L'exercice d'un droit et, *a fortiori*, l'accomplissement d'une obligation sont exclusifs de toute faute. Reste cependant ouverte une question de fait, celle des rapports entre les dommages intervenus et la répression ordonnée ; mais ce n'est plus là un cas d'application de la responsabilité spéciale que nous étudions, car il est difficile d'admettre que l'expression « dommages résultant des crimes et délits » puisse signifier « dommages résultant de la répression des crimes et délits ». La répression des infractions se fait trop souvent attendre pour qu'on puisse admettre que tout crime commis est un crime châtié et substituer ainsi la deuxième expression à la première.

Les articles 106 à 109 de la loi municipale sont des lois de police et de sûreté générale desquelles les étrangers, même sans réciprocité, peuvent se prévaloir en France. La fin de non-recevoir opposée à un étranger, demandeur, en raison de son extranéité, ne saurait donc être admise.

CONCLUSION

Nous sommes ainsi arrivé au bout de la tâche que nous nous étions prescrite. Rechercher, d'une part, les doctrines émises sur la personnalité des organismes administratifs. Affirmer, d'une part, le caractère réel de ces organismes. Puis, examiner quelles obligations particulières pourraient, en matière de responsabilité, être déduites de cette personnalité réelle. Nous avons vu qu'en France, sauf quelques louables exceptions, la doctrine et la jurisprudence sont encore imprégnées d'idées traditionnelles auxquelles nous serions heureux de les voir renoncer. Si l'on veut établir sur des principes fermes la théorie de la responsabilité, il faut renoncer à la doctrine de la personnalité-fiction. Si l'on veut être équitable, il faut admettre la responsabilité de l'Etat, même pour ses actes de puissance publique. La seule limitation à apporter au développement excessif des recours, qu'une telle manière de voir fera indubitablement naître, est dans l'examen scrupuleux du caractère légal ou illégal des actes. Il faudra arriver à établir ce qu'il est légitimement permis à l'autorité sociale de faire ; il faudra surtout s'élever contre la prétention qu'elle pourrait avoir, qu'il lui est permis de tout faire à condition de couvrir d'un vague prétexte de salut public les actes les plus contrai-

res au droit. Et cela est, selon nous, une des conséquences de l'organisation des sociétés modernes. Les sociétés modernes se forment en groupes de plus en plus larges, de plus en plus compréhensifs, multipliant sans cesse l'étendue de leur territoire et le nombre de leurs sujets. L'autorité qui s'appuie sur de tels éléments de puissance est de beaucoup plus redoutable que celle qui ne prétendait régenter qu'un petit nombre d'individus sur un territoire restreint. A un autre point de vue, les divergences entre les intérêts publics et l'intérêt privé augmentent sans cesse. Or, dans ce conflit, l'individu est loin d'avoir gagné en force dans les mêmes proportions que le groupe social auquel il appartient ; il faut donc que la loi, la doctrine, la jurisprudence viennent à son secours. Il faut assurer aux dommages qu'il peut subir au contact de la puissance publique une réparation complète. Le droit public qui met aux prises les individus et les groupes a une tendance générale à sacrifier les premiers au second. Une première fois, la doctrine politique de la Révolution a essayé de réagir contre cette tendance, il importe que le siècle actuel n'ait pas à formuler, au nom de l'individualisme, une protestation aussi énergique que celle de 1789.

Montpellier le 15 juin 1905.

Vu :

Le Doyen, VIGIÉ.

Vu, le président de la thèse,

BRÉMOND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 1^{er} juillet 1905.

Le Recteur,

ANT. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE

Auteurs français

Ouvrages généraux de droit public

- Bazille.** — Revue générale d'administration, 1880, t. III, p. 28.
Brémond — Compétence administrative.
Hauriou. — Précis de droit administratif.
Laferrière. — Traité de la juridiction administrative.
Lefournier. — Revue générale d'administration, 1894, t. II, p. 257.
Saulaville — Revue générale d'administration, 1885, t. II et III.
Béquet et Dupré. — Répertoire de droit administratif.
Daresté. — La justice administrative.
Barthélemy. — Traité de droit administratif.
Batbie. — Traité théorique et pratique sur le droit administratif.
Aucoc. — Conférences.
Ducroq. — Cours de droit administratif, 1897.
Simonet. — Traité élémentaire de droit public et administratif.
Block. — Dictionnaire de l'administration française.
Fuzier-Herman. — Répertoire.
Dalloz — Ancien répertoire et supplément. V^o Responsabilité.

Ouvrages généraux de droit privé

- Demolombe.** — Cours de Code Napoléon.
Aubry et Rau. — Cours de droit français d'après la méthode de Zacchariae.
Marcadé continué par **Paul Pont** — Exposé théorique et pratique du Code Napoléon
Planiol. — Traité élémentaire de droit civil.
Baudry-Lacantinerie — Précis de droit civil.
Vigié. — Eléments de droit civil.

Ouvrages spéciaux de droit public ou de sociologie

- Ferrou.** — L'organisation départementale et la Constituante.
Allart. — Personnalité civile du département.
Larnaude — Revue pénitentiaire, 1896, p. 9.
Morgan. — La loi municipale.
Henrian de Pansey — Le pouvoir municipal.
Hauriou. — Responsabilité de l'Etat. Revue de droit public, 1896, n° 51.
Michoud. — Responsabilité de l'Etat.
— Etudes sur la personnalité. Responsabilité des communes.
Daresté. — Histoire de l'administration française.
Tocqueville. — L'ancien régime et la Révolution
Durckheim. — Cours de science sociale. Revue internationale de l'enseignement, 1888, t. I, p. 30 et suivantes. Année sociologique, 1897-98, t. II, p. 378.
Babeau. — Le village sous l'ancien régime.
Bodin. — Les six livres de la République.
Duguit. — L'Etat, le droit objectif et la loi positive.
— L'Etat, les gouvernants et les agents.
Brémont. — Actes de gouvernement, dans la Revue de droit public
— Examens doctrinaux de la Revue critique.
Bagehot. — Lois scientifiques du développement des nations.
Lafargue. — L'orientation humaine.
Tarde — Les lois de l'imitation.
Le Dantec. — L'individu et l'erreur individualiste.
Lachaire. — Histoire des communes.
Gide. — Cours d'économie politique.
Nézaré. — Théorie juridique de la fonction publique.
Hitier. — La doctrine de l'absolutisme.
Mestre. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale.
— Déclaration contentieuse de la dette de l'Etat.
Saripolos. — La démocratie et l'élection proportionnelle.
Turgeon. — Une définition de l'Etat et de sa souveraineté
Lainé. — Journal de Droit international, 1893, p. 279.
Hauriou. — De la personnalité comme élément de la réalité sociale.
— Leçons sur le mouvement social.
— La gestion administrative

- Bailby.** — Principe de la responsabilité de l'Etat.
Roger. — Responsabilité civile de l'Etat.
Roguin. — De la responsabilité civile des communes.
Lakanal. — Responsabilité de l'Etat, des départements et des communes.
Dastre. — Revue des Deux-Mondes, 1902, 11 et 12.

Ouvrages spéciaux de droit privé

- Sourdat.** — De l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats.
Richard et Maucorps. — De la responsabilité civile.
Marcadé Robert. — Les fondations et le problème de la responsabilité
Geouffre de Lapradelle. — Les fondations
Bonnier. — L'évolution de l'idée de responsabilité.
Planiol. — Note sous Paris, 2 juin 1893. D 93-2-513.
— La notion de la faute. Revue critique, février 1905
Vareilles Sommières. — Du contrat d'association.
Joseph Massot. — Construction du Code Civil en matière de Société.
Heiser. — Etude sur la personnalité morale.
Mongin. — Situation juridique des Sociétés dénuées de personnalité.
Beugnot-Beaumanoir. — Coutumier du Beauvoisis, 1842.

Auteurs étrangers

- Gierke.** — Le concept de l'Etat.
— La théorie de l'association.
Jellinek. — Système des droits publics subjectifs.
— Etudes générales de droit public.
Laband. — Le droit public allemand. Traduction Gandilhon.
Bekker. — Etude du sujet de droit.
Brinz. — Etude des Prandectes.
Rösler. — Manuel.
Boehlau. — Droit subjectif et rôle des personnes.
Windscheid. — Pandecte.
Zittelmann. — Concept et essence des soi-disant personnes juridiques.
Savigny. — Système du droit romain.
Beseler. — Droit populaire et droit des juristes.
Blunstchli. — Théorie générale de l'Etat. Traduction Riedmetten
— Rapport au VI^e congrès des juristes allemands.

- Ihering.** — Esprit du droit romain. Traduction Meulenaere.
— La théorie des destinataires.
- Stosser.** — Rapport au VI^e congrès des juristes allemands.
- Kissling.** — Rapport au VIII^e congrès des juristes allemands.
- Primker.** — Rapport au IX^e congrès des juristes allemands.
- Schaffle.** — Bau und Leben des sozialen Körpers.
- Meucci.** — De la responsabilité indirecte des administrations.
- Giorgi.** — La doctrine des personnes juridiques.
- Giner.** — La théorie de la personne sociale chez les juristes et les sociologues modernes.
- Ziegler.** — Rapport au congrès des juristes suisses de 1888.
- Spencer.** — L'individu contre l'Etat.
- Sumner Maine.** — Etudes sur l'histoire des institutions primitives.
- Huxley.** — Place de l'homme dans la nature. Sociologie et éthique.
- Laurent.** — Principes de droit civil, t. 20.
- Vauthier.** — Etudes sur les personnes morales.
- Saieilles.** — Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand. Les accidents du travail et la responsabilité civile.
- Edmond Picard.** — Le Droit pur.
- Maeterlinck.** — Le temple enseveli.
- Van den Heuvel.** — De la situation légale des associations sans but lucratif.

Recueils de jurisprudence et périodiques

- Dalloz.**
- Sirey.**
- Gazette du Palais.
- Macarel Lebon.** — Arrêts du Conseil.
- Revue critique de droit, de législation et de jurisprudence.
- du droit public.
- générale d'administration.
- du droit, de la législation et de la jurisprudence.
- Bulletin du ministère de l'intérieur.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION ET APERÇU HISTORIQUE.	10 à 40

TITRE PREMIER : L'ÉTAT	41
----------------------------------	----

SECTION PREMIÈRE. — PERSONNALITÉ DE L'ÉTAT	41
--	----

PREMIÈRE PARTIE

DOCTRINES DE LA PERSONNALITÉ RÉELLE	41
---	----

Chapitre Premier. — <i>Théorie organiciste</i>	42
--	----

Chapitre II. — <i>Théorie de Gierke et Beseler</i>	50
--	----

Chapitre III. — <i>Théorie de Jellinek</i>	64
--	----

Chapitre IV. — <i>Théorie de Zitelmann</i>	69
--	----

Chapitre V. — <i>Théorie de Michoud</i>	73
---	----

Chapitre IV. — <i>Théorie de Hauriou</i>	83
--	----

DEUXIÈME PARTIE

DOCTRINE DE LA PERSONNALITÉ FICTIVE	91
---	----

Chapitre Premier. — <i>Théorie de Savigny</i>	94
---	----

Chapitre II. — <i>Théorie de Brinz</i>	101
--	-----

Chapitre III. — <i>Théorie de Van den Heuvel</i>	105
--	-----

Chapitre IV. — <i>Théorie de Ihering</i>	115
--	-----

Chapitre V. — <i>Théorie de Duguit</i>	117
--	-----

SECTION II. — RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT.	133
---	-----

PREMIÈRE PARTIE

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAUTES	134
--	-----

Chapitre Premier. — <i>Faute des Agents</i>	138
---	-----

	Pages
Chapitre II. — <i>Fondement de la responsabilité pour faute</i>	150
Chapitre III. — <i>Application du principe aux divers actes de l'Etat</i>	164
 DEUXIÈME PARTIE 	
RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN DEHORS DE TOUTE FAUTE	210
TITRE II. — LE DÉPARTEMENT.	223
SECTION PREMIÈRE. — PERSONNALITÉ DU DÉPARTEMENT	223
SECTION II. — RESPONSABILITÉ DU DÉPARTEMENT	228
Chapitre Premier. — <i>Faute des agents</i> , ...	228
Chapitre II. — <i>Applications de la Jurisprudence</i>	241
TITRE III. — LA COMMUNE.	255
PREMIÈRE SECTION. — PERSONNALITÉ COMMUNALE.	255
SECTION II. — RESPONSABILITÉ COMMUNALE	275
Chapitre I ^{er} . — <i>Application à la Commune des règles qui régissent la responsabilité de l'État</i>	275
Chapitre II. — <i>Responsabilité de la Commune pour faute</i>	283
Chapitre III. — <i>Responsabilité de la Commune pour ses actes de gestion</i>	297
Chapitre IV. — <i>Actes de gestion des services publics</i>	303
Chapitre V. — <i>Actes d'autorité</i>	308
SECTION III. — RESPONSABILITÉ POUR ATTROUEMENTS SÉDITIEUX.	314
CONCLUSION	325
BIBLIOGRAPHIE.	327

